

TRABAJO DE FIN DE GRADO

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Alumno: Diego Quinteiro Cruz.
Tutor: Ricardo Pedro Ron Latas.
Curso: 2014/2015.

ÍNDICE DE CONTENIDOS:

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. PRIMERA CUESTIÓN; ALGUNAS NOCIONES SOBRE LOS DELITOS DE TRATA DE SERES HUMANOS, RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.....	4
• El delito de trata de seres humanos.....	4
• Los delitos relativos a la prostitución.....	5
• Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.....	6
• Las relaciones concursales entre estos y otros delitos relevantes para el caso concreto.....	7
• Responsabilidad penal de Romelia.....	8
• Responsabilidad penal de Tatiana.....	9
• Responsabilidad penal de Pietro.....	14
• Responsabilidad penal de Zulaika.....	16
• Responsabilidad penal de Alberto y Santiago.....	18
3. SEGUNDA CUESTIÓN; ALGUNAS NOCIONES SOBRE EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.....	24
• El delito de tráfico de drogas y de otras sustancias nocivas.....	24
• Responsabilidad penal de Tatiana.....	26
• Responsabilidad penal de Pietro.....	27
• Responsabilidad penal de Zulaika.....	30
4. TERCERA CUESTIÓN; ALGUNAS NOCIONES SOBRE EL DELITO DE FRAUDE FISCAL COMETIDO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA, LAS FALSEDADES DOCUMENTALES Y EL BLANQUEO DE CAPITAL.....	31
• Los delitos contra la Hacienda Pública.....	31
• La falsedad en documento mercantil y el blanqueo de capitales.....	32
• Responsabilidad penal de Tatiana.....	33
• Responsabilidad penal de Alberto y Santiago.....	34
• Responsabilidad penal de Xaime.....	37
5. CUARTA CUESTIÓN; ALGUNAS NOCIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y TRIBUTARIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	38
• Dictamen sobre las responsabilidades penales en las que habría incurrido la sociedad Na&Ma S.L. por los hechos narrados en el supuesto.....	39
• Dictamen sobre las responsabilidades tributarias en las que habría incurrido la sociedad Na&Ma S.L. por los hechos narrados en el supuesto.....	40
6. QUINTA CUESTIÓN; DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LA SOCIEDAD Na&Ma, S.L. SEA CONSIDERADA UNA SOCIEDAD NULA DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA.....	41
7. SEXTA CUESTIÓN; DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LA SOCIEDAD Na&Ma, S.L. REGISTRE COMO MARCA "PEQUEÑAS SUMISAS ARDIENTES" PARA LA	

CLASE 43.....	42
8. SÉPTIMA CUESTIÓN; DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE UN LOCAL COMPETIDOR DEDICADO A SIMILAR "GÉNERO DE COMERCIO", PERO QUE CUMPLE PUNTUALMENTE CON SUS OBLIGACIONES FISCALES, EJERCITE ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL CONTRA Na&Ma, S. L.....	44
9. OCTAVA CUESTIÓN; ASPECTOS PROCESALES DE APLICACIÓN AL CASO.....	46
• Órgano jurisdiccional encargado de la investigación.....	46
• Órgano encargado del enjuiciamiento.....	46
• Modo de solicitar la detención de Romelia en Rumanía.....	46
• Adopción de posibles medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia.....	46
• Posible intervención de las comunicaciones de la sociedad.....	47
• Investigación de los movimientos de la cuenta gibraltareña.....	47
• Representación en juicio de la sociedad.....	47

ÍNDICE DE ABREVIATURAS:

- CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- LO: Ley Orgánica.
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Referencia: DOUE-Z-2010-70006).
- DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- UE: Unión Europea.
- RJ: Repertorio de Jurisprudencia.
- ARP: Aranzadi Penal.
- JUR: Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TS: Tribunal Supremo.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- ET: Estatuto de los Trabajadores.
- SAS: Sanidad y Asuntos Sociales.
- LGT: Ley General Tributaria.
- LSC: Ley de Sociedades de Capital.
- RRM: Reglamento del Registro Mercantil.
- LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- CC: Código Civil.
- CE: Constitución Española.
- LCD: Ley de Competencia Desleal.

1. INTRODUCCIÓN:

El objetivo de este trabajo es llevar a cabo el estudio de la hipótesis propuesta empleando para ello el razonamiento jurídico para el que he sido instruido a lo largo de este grado. Si bien es cierto que en el caso que he elegido concurren elementos de distintas ramas del derecho (tributario, mercantil o procesal), de lo que fundamentalmente se trata es de analizar desde un punto de vista penal las conductas descritas en los hechos del supuesto fáctico (que, a tal efecto, consideraré "hechos probados") para, en su caso, subsumirlas en la figura delictiva que proceda.

Para llevar a cabo este cometido considero necesario hacer un recorrido doctrinal, jurisprudencial y legal a través de distintas fuentes que, al finalizar este estudio, plasmaré en la bibliografía.

Sin extenderme más, comenzaré con el contenido material de este análisis aunque, antes de exponer las responsabilidades de los sujetos implicados, estimo imprescindible presentar someramente algunos delitos relacionados con el caso propuesto (sin hacer referencia a todos los aplicables y sin que todos los ahora referidos sean de aplicación en el presente asunto).

2. PRIMERA CUESTIÓN; ALGUNAS NOCIONES SOBRE LOS DELITOS DE TRATA DE SERES HUMANOS, RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS:

El delito de trata de seres humanos:

La LO 5/2010 introdujo en nuestro CP el Título VII bis que, dentro del Libro II, comprende el artículo 177 bis y cuya rúbrica es: "De la trata de seres humanos". Se establece así un tipo distinto del que sanciona el tráfico ilícito de inmigrantes que, hasta el año 2010, regulaba este particular y que, por diversos factores, se encontraba ya obsoleto.

Para determinar el bien jurídico protegido por este delito resulta útil el análisis de la ubicación sistemática del precepto en el CP así como de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010. Ello nos lleva a concluir que lo que protege este tipo es la libertad, la dignidad y la inviolabilidad de la persona, entendida como un derecho individual que impide su instrumentalización, cosificación o mercantilización¹.

En suma, este tipo penal trata de deslindar ciertas conductas -como por ejemplo las que atentan contra el control estatal de los flujos migratorios- de otra realidad social de plena actualidad y muchísimo más aberrante que consiste en la captación, traslado o desplazamiento de personas con el empleo de determinados medios (la amenaza, la coacción, el engaño, el abuso de la vulnerabilidad de la víctima...) para ser explotadas.

En concreto, dicha "esclavitud moderna" engloba -por el orden en que se citan en el artículo 177 bis.1 CP-: los trabajos forzados, la esclavitud u otras prácticas análogas; la explotación sexual, incluyendo aquí la pornografía; y la extracción de órganos. A estas modalidades del delito podríamos añadir otras como las adopciones ilegales o la trata de personas para la experimentación farmacológica ya que el Protocolo de Palermo² (que España ratificó el 1 de marzo del 2002) no

1 Martos Núñez, Juan Antonio. *El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal*. Año 2012.

2 El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 55/25, de 15 de noviembre del 2000 distingue en su artículo 3 a) varias formas de explotación y lo hace en los siguientes términos:

establece una lista cerrada de formas de explotación³. Sin embargo, la realidad es que la explotación sexual y la laboral destacan en un lugar privilegiado sobre las restantes formas de "esclavitud" tal vez debido a que se trata de actividades enormemente lucrativas.

Respecto de la conducta típica lo que exige el artículo 177 bis CP es:

A) Que el traslado físico del sujeto pasivo concierna al territorio español ("sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella");

B) Que el tratante capte en su lugar de origen a la víctima tratada, la transporte o traslade, o bien la acoja, reciba o aloje en el lugar de destino. En cuanto a la captación, ésta requiere no solo una primera toma de contacto consistente en una oferta (habitualmente de trabajo) deseable para el sujeto pasivo sino que también exige la celebración de un contrato o acuerdo que vincule al tratado de cara al cumplimiento de la referida oferta;

C) Que el medio comisivo del delito sea alguno o algunos de los siguientes: violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima por razón de su situación económica, familiar, social o emocional (sin que sea relevante la nacionalidad de la misma).

No obstante, hay que tener en cuenta lo establecido en el apartado segundo del artículo 177 bis CP, en virtud del cual, cuando la víctima de este delito sea un menor de edad no será exigible la concurrencia de los medios comisivos precitados;

D) Que la finalidad de explotación sea alguna de las previstas en el artículo 177 bis.1 CP. Es decir, el sujeto activo ha de tener la intención (pues no cabe la comisión imprudente) de someter a la víctima a una explotación laboral, sexual y para el tráfico de órganos. Además -como ya he apuntado anteriormente- esta lista de finalidades no es cerrada, de suerte tal que podrían añadirse a éstas otras finalidades como la trata para las adopciones ilegales o la trata de personas para que cometan delitos contra el patrimonio.

Finalmente, cabe mencionar que el artículo 177 bis CP contiene distintos tipos cualificados del delito así como una cláusula concursal. Ambos apartados serán objeto de análisis pormenorizado más adelante para determinar las responsabilidades criminales de los sujetos del supuesto analizado.

Los delitos relativos a la prostitución:

En nuestro CP es el artículo 188.1 el que establece el tipo penal que castiga ciertas conductas relacionadas con la prostitución por parte de mayores de edad. Según este precepto: *El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la*

Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (...).

³ Villacampa Estiarte, Carolina. "De la trata de seres humanos". En Olivares Gonzalo Quintero, Morales Prats, Fermín. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª edición. Pamplona: Aranzadi, año 2011.

prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

Respecto del ejercicio coactivo de la prostitución en relación con menores de edad es el apartado segundo del mismo artículo citado el que se encarga de castigar esa conducta al establecer que: *Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.*

Asimismo, los sucesivos apartados del artículo 188 prevén los tipos cualificados de este delito (a los que me referiré más adelante con ocasión de la determinación de la responsabilidad penal de los sujetos en el caso concreto) y, finalmente, una cláusula concursal que, a mi juicio, resulta muy relevante para el supuesto objeto de análisis.

Para determinar el bien jurídico protegido por este delito hay que analizar separadamente la modalidad de prostitución de personas mayores de edad y la de prostitución de personas menores de edad. En el primer caso podemos decir que se protege la libertad sexual de las personas, mientras que en el segundo caso se protege (en palabras del profesor Francisco Muñoz Conde) la "adecuada educación en el ejercicio de la sexualidad"⁴.

La conducta típica de este delito gira en torno al verbo "determinar" y dicha acción debe ser entendida en el sentido de provocar en otro la decisión de prostituirse, es decir, de mantener relaciones sexuales a cambio de precio. Se exige, por tanto, que el sujeto activo determine al pasivo a ejercer la prostitución a través de violencia, intimidación, engaño, o de abuso de superioridad o vulnerabilidad o necesidad de la víctima.

De igual modo que en el caso del delito de trata de seres humanos, el de prostitución es un delito doloso⁵.

Respecto del aprovechamiento económico de la explotación ajena al que se refiere el art. 188.1 CP, la jurisprudencia⁶ entiende que no toda ganancia proveniente de la prostitución integra el tipo, sino que se exige: que exista una verdadera explotación sexual mantenida mediante violencia, intimidación, engaño...; conocimiento de la situación de explotación sexual por parte de quien se lucre de ella; y, por último, que la ganancia constituya un beneficio económico directo, continuado y no episódico.

Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros:

El tipo básico de estas conductas se encuentra en el artículo 318 bis.1 CP, según el cual: *El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.*

Estamos ante un delito que pretender solucionar el problema creciente de la inmigración ilegal cuyo bien jurídico protegido es el interés estatal en el control de los flujos migratorios. Ello se desprende de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 que, con esta aclaración, niega que este tipo penal proteja otros bienes jurídicos individuales como la dignidad.

4 Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. 17ª edición. Valencia: Tirant lo blanch, año 2009, p. 227.

5 Morales Prats, Fermín, García Albero, Ramón. "De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores". En Olivares Gonzalo Quintero, Morales Prats, Fermín. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª edición. Pamplona: Aranzadi, año 2011

6 STS de 15 de febrero del 2010 (RJ 2010,2350).

Tal y como apunta la profesora Villacampa Estiarte, se trata de una norma penal en blanco puesto que no es el CP el que determina la legalidad o no del tráfico⁷. No obstante, podemos afirmar que lo que sanciona este tipo penal es la conducta de favorecer, facilitar o promover la inmigración ilegal, es decir, la entrada en el estado de destino burlando los controles existentes, así como la entrada legítima pero con ánimo de permanecer en el lugar de destino más tiempo del permitido. Asimismo, del tenor literal del art. 318 bis.1 CP se puede inferir que la consumación del delito no requiere la traslación efectiva del sujeto pasivo sino el mero favorecimiento o promoción de ella.

Tras el análisis de estos delitos y de los hechos descritos en el enunciado del caso, parece evidente que las mujeres son víctimas de trata de seres humanos -y prostitución coactiva- y no de inmigración clandestina (sobre todo teniendo en cuenta la redacción vigente del art. 318 bis CP). Sin embargo no se puede desconocer la fecha de entrada en España de María (marzo de 2010) que tiene lugar antes del miércoles 23 de junio de 2010, fecha en la que entró en vigor la LO 5/2010 y en la que, por tanto, apareció en nuestro sistema penal el delito de "trata de blancas". Habida cuenta de ello, parece que el delito referido a María sería el de inmigración clandestina.

No obstante, para la apreciación de este delito (penado por el art. 318 bis CP), hay que tener en cuenta lo siguiente: La entrada de Rumanía y Bulgaria en la UE se produjo en el año 2007⁸, sin embargo, -en el mismo sentido indicado por la profesora Gabriela Oanta- ello no redundó en la total libertad de circulación de los ciudadanos rumanos ya que hay que tener en cuenta las medidas transitorias para Rumanía sobre la libre circulación de personas (denominada "cláusula de salvaguardia")⁹ que permitía no aplicar las disposiciones reglamentarias referidas a la libre circulación de trabajadores (arts. 1 a 6 del Reglamento (CEE) nº 1612/68). De este modo, por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 2006 se aprobó un período transitorio de dos años de limitación a la libre circulación de trabajadores rumanos, cuya supresión tuvo lugar por acuerdo del mismo órgano de 19 de diciembre de 2008 con plenos efectos a partir del 1 de enero de 2009, momento a partir del cual se levantaron todas las restricciones a la libre circulación de los trabajadores asalariados nacionales de Rumanía y Bulgaria, y de sus familiares.

Posteriormente, en el año 2011¹⁰ – debido a la difícil situación del mercado de trabajo en España- se reactivaron las citadas restricciones pero lo cierto es que en el momento de la captación y traslado de la joven María a España (en marzo de 2010) no estaba vigente ninguna de estas limitaciones, por lo que puedo concluir que en ningún caso tiene lugar el cruce ilegal de fronteras que permitiría subsumir los hechos en el tipo del art. 318 bis CP.

La conclusión de lo anterior es que, por los hechos referidos a María, no es posible aplicar a Romelia ni el delito de trata de seres humanos (pues el principio de tipicidad impide aplicar con carácter retroactivo un tipo penal inexistente en el momento de los hechos), ni el delito de inmigración clandestina (pues en marzo de 2010 los rumanos gozaban de libertad de circulación).

Las relaciones concursales entre estos y otros delitos relevantes para el caso concreto:

Para evitar en el apartado de determinación de las responsabilidades penales reiteraciones fatigosas voy a analizar ahora las relaciones concursales que, en mi opinión, se dan en el supuesto propuesto

7 Villacampa Estiarte, Carolina. "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros". En Olivares Gonzalo Quintero, Morales Prats, Fermín. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª edición. Pamplona: Aranzadi, año 2011.

8 El DOUE nº L 157, de 21 de junio de 2005, publicó el Tratado entre los Estados miembros de la UE y Rumania y Bulgaria relativo a la adhesión de ambos Estados a la UE, fijando su entrada en vigor para enero de 2007.

9 Oanta, Gabriela Alexandra. *Rumanía y Bulgaria en la Unión Europea: de la adhesión a la integración* (artículo). En *Revista de Derecho Comunitario Europeo* ISSN 1138-4026, num. 29, Madrid, enero/abril (2008).

10 Orden PRE/2072/2011, de 22 de julio, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se establece la reactivación del período transitorio en relación con la libre circulación de los trabajadores de Rumanía.

y que son, en su mayoría, comunes a todos los sujetos activos cuya responsabilidad se exige que analice:

En primer lugar, hay que considerar la posibilidad de que los hechos descritos en el supuesto sean constitutivos de dos delitos -uno de trata de seres humanos y otro de prostitución coactiva- en concurso medial. Mi opinión sobre este particular es que, efectivamente, el delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis CP constituye el medio objetivamente necesario para cometer el delito de prostitución coactiva del art. 188 CP, toda vez que ésta última infracción no podría tener lugar sin que previamente se hubiera captado mediante engaño y trasladado a las jóvenes rumanas con la finalidad de explotarlas sexualmente. En cuanto a las consecuencias penales de la apreciación de este concurso medial (que concretaré individualmente más adelante), hay que decir que, por virtud del artículo 77.2 CP, habría que aplicar a los sujetos activos la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que ésta pueda exceder del total de sumar las que corresponderían si se aplicasen por separado.

Es importante también analizar ahora la posible relación concursal entre el delito de detención ilegal (art. 163 CP) y el de prostitución coactiva (art. 188 CP). Parece claro que la determinación coactiva de una persona al ejercicio de la prostitución implica cierta restricción de su libertad ambulatoria, por lo que, en un principio, el respeto al principio de especialidad así como a la prohibición del *bis in idem* nos conduciría a entender que el delito de prostitución coactiva consume la restricción de la libertad de la víctima cuando dichas restricciones son de una entidad mínima. Sin embargo, en el caso concreto de examen, no ha lugar a la consunción referida ya que el encierro no se puede calificar de mínimo puesto que constituye una privación física forzada de la libertad de los sujetos pasivos muy prolongada en el tiempo. Por ello, procede apreciar el concurso, en este caso real, de los delitos de prostitución coactiva y de detención ilegal.

Asimismo, hay que tener en cuenta que el delito de trata de seres humanos antes referido y en torno al cual giran las restantes figuras delictivas (previsto y penado en el art. 177 bis CP) puede concurrir con los delitos previstos en los arts. 311 y ss CP relativos a la explotación laboral de las víctimas, circunstancia que será analizada y concretada más adelante con ocasión de la calificación penal de la conducta de Alberto y Santiago.

Además de lo expuesto, no debemos olvidar que en el caso propuesto son un total de ocho las mujeres tratadas, detenidas ilegalmente, prostituidas y explotadas laboralmente. Es por ello que, en aplicación del artículo 73 CP, estaríamos ante un concurso real de delitos, cuya consecuencia es la acumulación jurídica de las penas con los límites establecidos en el art. 76 CP.

Pasaré a continuación a dictaminar sobre las responsabilidades criminales de cada uno de los sujetos intervinientes en relación con los delitos ahora referidos.

Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Romelia, Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago por los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución por parte de las ocho mujeres rumanas:

- **Responsabilidad penal de Romelia:**

PRIMERO; Hechos probados en relación con la conducta de Romelia: En el año 2010, estando en Rumanía, Romelia le ofreció a la ofendida (amiga suya) trabajar limpiando un restaurante sito en España y propiedad de una tía de la mencionada Romelia llamada Tatiana. Habiendo aceptado el trabajo, Romelia le compró a María (la ofendida) un billete de autobús, llegando el 29 de marzo de 2010 a A Coruña, en cuya estación de autobuses la estaba esperando Tatiana. Ésta la trasladó a un

club llamado Plenilunio en donde, lejos de lo que le habían prometido, se vio obligada a ejercer la prostitución.

SEGUNDO; Calificación del delito: Los hechos en los que Romelia interviene son solo los relativos a María. Naturalmente, no se puede imputar a Romelia responsabilidad alguna por los hechos relativos a las restantes mujeres puesto que no hay elementos objetivos bastantes para determinar que fue ella quien, como en el caso de María, captó a las demás para ejercer la prostitución en España. Téngase en cuenta a tal efecto la lejanía temporal entre la llegada a A Coruña de María (en el año 2010) y la llegada de las demás mujeres (entre 2012 y 2014).

Es cierto que Romelia efectuó las acciones típicas del delito de trata toda vez que la joven fue captada por la susodicha mediante engaño para ser trasladada a España, donde sería explotada sexualmente. Dicha aseveración la fundamento en el hecho de que, en un primer momento es Romelia quien ofrece a María un trabajo en España llegando incluso a adquirir un billete de autobús con destino a A Coruña para, al menos en apariencia, obligar a María al cumplimiento del pacto. Además, desde una perspectiva lógica no parece posible pensar que Romelia era ajena a la finalidad (sexual) del traslado de la joven a España; los hechos probados permiten concluir, en efecto, que hay elementos suficientes para afirmar que la "acusada" era conocedora de que María estaba siendo captada para ser explotada sexualmente, habida cuenta de la relación familiar entre Romelia y Tatiana (responsable, como veremos, de un delito de prostitución coactiva entre otros).

Sin embargo, en atención a la fecha en que discurren los hechos, no es de aplicación el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP (por el simple hecho de que no estaba tipificado en aquel entonces) ni tampoco el delito de inmigración ilegal del art. 318 bis CP (porque no concurre el elemento típico esencial de cruce ilegal de fronteras). De todo ello se sigue que la conducta de Romelia es atípica y, por tanto, no constitutiva de delito alguno.

- **Responsabilidad penal de Tatiana:**

PRIMERO; Hechos probados en relación con la conducta de Tatiana: El día 29 de marzo de 2010 María llega a A Coruña y es ahí donde la recibe Tatiana, quien seguidamente la traslada al club Plenilunio. En dicho club, es la propia Tatiana quien aloja a la ofendida y quien le informa de que realmente había sido trasladada desde Rumanía para ejercer la prostitución coaccionandola para empezar a trabajar de inmediato al recordarle que debía saldar la deuda contraída con la sociedad gestora del club derivada del viaje.

Se considera probado también que es Tatiana quien advierte a María de que si algún cliente demandaba servicios sexuales sin utilización de preservativo, ella debía aceptar.

Además, es Tatiana quien informa a María de que el horario de trabajo se extendería diariamente desde las 17:30 horas hasta las 04:00 horas y que durante ese tiempo debía permanecer confinada en el local, prohibiéndosele salir del mismo sin la compañía de un tercero designado a tal efecto.

Queda acreditado asimismo que Tatiana informó a María de que el primer servicio sexual de cada noche sería al 100% para los responsables del club y el resto de servicios serían al 50% entre el club y ella, sin que dicha mitad del precio fuera entregado a María el único día que realizó dos servicios.

Queda probado también que los servicios sexuales eran abonados por los clientes a la recepcionista, del local quien, al finalizar la noche, entregaba todo el dinero a Tatiana pudiéndose acreditar (según resulta del párrafo séptimo del caso) que esas ganancias se las repartían los responsables del local.

Finalmente, resulta acreditado que en el local cuya encargada era Tatiana había otras siete mujeres rumanas también coaccionadas para ejercer la prostitución (siendo una de ellas menor de edad) y

que la "acusada" guardaba en su oficina un registro de las fechas en las que cada mujer llegó a España.

SEGUNDO; Calificación de los delitos: Los hechos descritos en el anterior apartado son legalmente constitutivos de:

- Un delito agravado de trata de seres humanos del 177 bis.6 (2º párrafo) en relación con el art. 177 bis.4 b) CP por pertenecer la culpable a una organización criminal y concurrir la circunstancia de la minoría de edad de una de las mujeres.

Este delito es de aplicación porque de los hechos se desprende que Tatiana, siendo encargada de una agrupación estable cuyo objeto era la comisión de estas actividades delictivas de una manera coordinada, acogió y alojó en el local que gestionaba a la joven menor de edad con la finalidad de explotarla sexualmente. Concurren así los elementos típicos de este delito pues el art. 177 bis.2 CP establece que *aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior* (violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima), *se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación*.

Por lo tanto, no es relevante la concurrencia o no de los referidos medios comisivos siendo suficiente para la apreciación de delito la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas menores de edad con fines de explotación laboral, sexual o para el tráfico de órganos en todo caso dolosa.

El hecho de que la comisión del delito ahora analizado tenga lugar en el seno de una organización criminal podría dar lugar a la aplicación del art. 570 bis CP¹¹, el cual prevé expresamente en su apartado tercero la trata de seres humanos como tipo agravado. Sin embargo, el art. 570 quáter.2 CP establece que *cuando las conductas previstas en dicho artículo estuvieren comprendidas en otro precepto (...) será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8*. Estamos por tanto ante un concurso de normas -no de delitos- que se resuelve castigando al sujeto activo con la pena que establezca el precepto penal más grave, es decir, con la pena prevista para el delito del art. 177 bis de la ley penal. Así, para determinar las consecuencias penales de la pertenencia de Tatiana a la organización, considero adecuada la aplicación del párrafo 2º del art. 177 bis.6 cuyo tenor literal es el siguiente: *Cuando se trate de los (...) encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado*

11 Artículo 570 bis CP:

1. *Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.*

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

2. (...)

3. *Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.*

si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo. Efectivamente considero que en el caso propuesto Tatiana actúa como encargada de la organización -puesto que el encargado es la persona que tiene bajo su responsabilidad determinados elementos importantes para la organización y quien dirige el negocio en representación de sus dueños-. Además, como se ha dicho, concurre la circunstancia del apartado 4 b) de ese mismo precepto por lo que, en todo caso, habría que aplicar la pena superior en grado del marco penal de referencia que, por virtud del párrafo 1º del art. 177 bis.6, es la superior en grado del tipo básico. De esa operación resulta un marco penal final de entre 12 años y 1 día y 18 años además de la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena.

- Siete delitos agravados de trata de seres humanos del art. 177 bis.6 (párrafo 2º) CP por pertenecer la culpable a una organización criminal y no constar que concorra ningún otro elemento típico de las modalidades cualificadas en ninguna de las siete restantes mujeres. Estos siete delitos guardan entre sí una relación de concurso real al igual que con el delito expuesto en el epígrafe anterior.

No procede en este caso fundamentar nuevamente la pertinencia de la apreciación del delito del art. 177 bis.6 CP. Sin embargo, considero importante aclarar que no procede imputar a Tatiana la comisión del delito agravado de trata de seres humanos del art. 177 bis.6 en relación con el art. 177 bis.4 a) CP por concurrir la circunstancia cualificada de grave peligro a la víctima. En efecto, mi opinión es que no concurre dicho elemento agravante de la pena básica cuyo fundamento es que "*con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima*". En una primera aproximación al caso propuesto puede parecer que el hecho de que a María se le obligue a practicar sexo sin preservativo si así se lo solicitan daría lugar a la aplicación del referido tipo cualificado. Sin embargo, ello no es así por cuanto parece lógico que esa circunstancia se refiera a una puesta en peligro en relación con la acción concreta de la trata (es decir, en relación con la captación, transporte, traslado, acogimiento, recibimiento o alojamiento) y no en relación a la finalidad de dicha trata que es la prostitución. Además, no es menos cierto que la conducta de "obligar" a la joven a mantener relaciones sin métodos profilácticos queda más adecuadamente castigada al aplicar el delito agravado de prostitución coactiva del art. 188.4 c) y habida cuenta de que ese tipo es aplicable (como fundamentaré más adelante) no ha lugar ahora a la apreciación del tipo cualificado de trata contenido en el art. 177 bis.4 a) CP, ya que, en ese caso, incurriría en un *bis in idem* al sancionar doblemente la misma conducta.

- Seis delitos agravados de prostitución coactiva del art. 188.4 b) CP por pertenecer la culpable a una organización criminal.

Tatiana también incurre en estos seis delitos puesto que determina a las jóvenes a ejercer la prostitución y a mantenerse en ella coactivamente y valiéndose de medios intimidatorios y de amedrentamiento idóneos para causar temor en las mujeres. Tal intimidación viene motivada, por ejemplo, por la actuación de la "acusada" de privar a las mujeres de su pasaporte y dinero, prohibirles salir del local o advertirles que han de saldar su deuda. Estaríamos por tanto ante una suerte de amenazas veladas suficientes para provocar en las mujeres un miedo objetivo y racional a sufrir represalias si desobedecen las normas impuestas.

De esta manera, Tatiana consigue mover la voluntad de las jóvenes para prostituirse y mantenerse en esa situación, dando así lugar a la comisión del delito examinado. Además,

no hay que olvidar que habrá tantos delitos como sujetos pasivos tengamos, de ahí que a Tatiana se le imputen seis delitos y no uno solo continuado.

Por otro lado, el número 4 del art. 188 CP establece que: *se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior (...) cuando (...) el culpable pertenezca a una organización o grupo criminales que se dedican a la realización de tales actividades*. Habida cuenta de que dicha circunstancia se da en el caso concreto, habrá que aplicar a Tatiana este tipo agravado.

- Un delito agravado de prostitución coactiva del art. 188.4 c) CP por la puesta en peligro dolosa de la vida o salud de la víctima al advertirle que debía mantener relaciones sexuales sin preservativo si así se lo solicitaban.

Dado que en el epígrafe anterior ya he hablado de los elementos que integran la conducta del tipo básico de este delito (determinar empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad, a una persona a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella), me centraré ahora en la fundamentación del tipo agravado que me ocupa.

Parece del todo racional pensar que cuando Tatiana compele a María a no adoptar medidas profilácticas si así se lo solicita algún cliente somete -a sabiendas- a la joven a un grave riesgo de contraer alguna enfermedad de transmisión sexual, lo que justifica sobradamente la apreciación del tipo cualificado del art 188.4 c) CP que dice: *se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior (...), cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima*.

- Un delito agravado de prostitución coactiva del art. 188.4 b) CP en relación con el art. 188.2 por pertenecer la culpable a una organización criminal y concurrir la circunstancia de la minoría de edad de una de las mujeres.

La modalidad de este delito referida a la prostitución de la menor es de aplicación porque, tal y como se describe en los hechos propuestos, Tatiana reconoce que la joven ejercía la prostitución cuando, preguntada al respecto, responde que las mujeres eran conscientes de que venían a España a ejercer la prostitución.

No procede a mi juicio extenderse en demasía para desvirtuar este alegato de Tatiana. Basta al respecto con recordar que María en ningún momento fue consciente del destino que le esperaba en España sino que, por el contrario, fue trasladada mediante engaño. De ello se puede hacer la inferencia lógica de que no es verdad que las mujeres fueran conscientes de su porvenir en nuestro país.

El argumento que Tatiana esgrime referente al desconocimiento de la minoría de edad de la joven no se puede sostener desde el momento en que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad hallan retenidos en el local los pasaportes de todas las mujeres en los que, evidentemente, figuran todos sus datos.

Por todo lo expuesto considero a Tatiana responsable del delito previsto y penado en el art. 188.2 CP cuyo tenor literal es el siguiente: *si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años*.

Unida esta circunstancia a la pertenencia de Tatiana a la organización criminal tantas veces mencionada, el marco penal previsto para este tipo tendrá que ser aplicado en su mitad

superior (art. 188.4 b) CP).

Cabe señalar que los ocho delitos relativos a la trata de seres humanos cometidos en total se encuentran en relación de concurso ideal medial con los ocho delitos relativos a la prostitución ahora expuestos.

- Siete delitos de detención ilegal del art. 163.3 CP por durar la privación de libertad ambulatoria de las mujeres prostituidas más de quince días.

Considero que concurre este delito porque, como ya he puesto de manifiesto en el apartado en el que, con carácter general, examiné las relaciones concursales, los delitos de prostitución coactiva en este caso no consumen a los de detención ilegal habida cuenta de su entidad y duración.

Naturalmente concurren los elementos típicos del delito del art. 163.3 puesto que es Tatiana (particular) quien encierra y detiene a las jóvenes privándolas de su libertad durante un lapso temporal que supera los quince días. Esa detención se materializa a través de las rejas existentes en las ventanas del local del que Tatiana era encargada así como en otros elementos inmateriales, por ejemplo el miedo infundido por ella a las mujeres para que no abandonasen el local.

Considero por tanto adecuado imponer a Tatiana la pena a la que se refiere el art. 163.3 CP cuando establece que: *se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días*, si bien para su concreción habrá que tener en cuenta que estamos ante un concurso real de siete delitos.

- Un delito cualificado de detención ilegal del art. 165 CP en relación con el art. 163.3 del mismo texto por ser una de las mujeres encerradas menor de edad y por durar esa detención más de quince días.

Por los mismos motivos aducidos en los dos párrafos anteriores, Tatiana es responsable de un delito de detención ilegal del art. 163.3 CP pero en este caso agravado por la minoría de edad de una de las jóvenes encerradas y prostituidas. Correspondería así la imposición de una pena de prisión comprendida entre los 6 años y 6 meses más un día y los 8 años (mitad superior del marco penal de referencia fijado por el art. 163.3 CP).

TERCERO; Grado de participación en el delito: De los citados delitos Tatiana resulta ser responsable en concepto de autora por su participación directa, voluntaria y material en todos ellos (arts. 27 y 28 CP).

CUARTO; Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: No se aprecian circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

QUINTO; Penalidad:

- Por el delito agravado de trata de seres humanos del 177 bis.6 (2º párrafo) en relación con el art. 177 bis.4 b) CP (por pertenecer la culpable a una organización criminal y concurrir la circunstancia de la minoría de edad de una de las mujeres) en relación de concurso ideal medial con el delito agravado de prostitución coactiva del art. 188.4 b) CP en relación con el art. 188.2 procede imponer la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior (art. 77 CP). Por ello, debe castigarse a Tatiana con una pena comprendida dentro del marco penal de 15 años y 1 día hasta 18 años.

- Por los restantes siete delitos agravados de trata de seres humanos del art. 177 bis.6 (párrafo 2º) CP (por pertenecer la culpable a una organización criminal) en relación de concurso ideal medial con los seis delitos agravados de prostitución coactiva del art. 188.4 b) CP así como con el delito agravado de prostitución coactiva del art. 188.4 c) CP (por la puesta en peligro dolosa de la vida o salud de la víctima) procede imponer la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior (art. 77 CP). Por lo tanto, debe castigarse a Tatiana con siete penas iguales (acumulables debido a su concurso real) comprendidas dentro del marco penal de 11 años y 1 día hasta 12 años.
- Por los siete delitos de detención ilegal del art. 163.3 CP en concurso real procede imponer siete penas iguales comprendidas entre los 5 y los 8 años de prisión.
- Por el delito de detención ilegal del art. 165 CP en relación con el art. 163.3 CP procede imponer una pena comprendida entre los 6 años y 6 meses más un día y los 8 años de prisión.

Para concretar la pena, impongo a Tatiana la pena de 16 años de prisión por la comisión de los delitos referidos en el primer punto y con siete penas de 11 años y 6 meses de prisión por la comisión de los delitos referidos en el segundo punto. Además, por las siete detenciones ilegales del art. 163.3 CP impongo a Tatiana siete penas de 5 años de prisión cada una y por la detención ilegal de la menor en relación con el art. 163.3 CP impongo una pena de 6 años y 7 meses de prisión. Todo ello suma un total de 138 años y 1 mes de prisión que, en aplicación de los límites del art. 76 CP, se traducirán en un cumplimiento efectivo de 20 años de prisión.

Junto con la pena de prisión referida, se impone a Tatiana una pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, sin que, en atención a la duración de la condena, proceda la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo (art. 56.1 CP).

- **Responsabilidad penal de Pietro:**

PRIMERO; Hechos probados en relación con la conducta de Pietro: De los hechos propuestos para su análisis se desprende que Pietro desempeñaba las funciones de camarero en el local y era, a su vez, la persona designada por Tatiana para acompañar a María en sus salidas al exterior del club. Asimismo, en su calidad de camarero, era él quien cobraba las consumiciones a las que los clientes invitaban a María.

Antes de calificar penalmente los hechos considero importante reflexionar acerca de si Pietro tenía respecto de las demás mujeres la misma función que desempeñaba con María (vigilancia y acompañamiento en sus salidas). En ocasiones las denominadas *presunciones hominis* permiten, a través de un examen crítico y racional de los hechos conocidos, presumir de un modo lógico otro hecho no conocido. Sin embargo, en este caso no hay indicios válidos suficientes para llegar a la conclusión de que Pietro no solo era el encargado de vigilar y acompañar a María en sus salidas (hecho conocido) sino que también hacía lo propio con las demás mujeres.

SEGUNDO; Calificación de los delitos: Los hechos descritos en el anterior apartado son legalmente constitutivos de:

- Un delito de prostitución coactiva del art. 188.4 b) CP como cómplice por la vigilancia coactiva que ejercía sobre María a instancia de Tatiana para que la primera ejerciese la prostitución, todo ello en el seno de una organización criminal.

Naturalmente, no se puede atribuir a Pietro la autoría directa del delito de prostitución al que me he referido. Sin embargo, es innegable que el acusado interviene en los hechos contribuyendo a que los autores realicen la conducta típica del delito.

En este sentido es él quien, en cumplimiento de su cometido de vigilar a María en sus salidas al exterior del club, se convierte en uno de los instrumentos que Tatiana utiliza para materializar la intimidación a la que está sometida la víctima y que garantiza su determinación a mantenerse en la prostitución coactiva.

Sería por tanto aplicable a Pietro el art. 29 CP, según el cual: *son cómplices los que (sin ser cooperadores necesarios) cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*. Partiendo de esta base, resultaría también de aplicación el art. 63 CP que establece que: *a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito*.

- Siete delitos de encubrimiento del art. 451.1º CP en relación con los restantes delitos de prostitución coactiva.

Considero en este caso que Pietro no es cómplice de los delitos derivados de la prostitución coactiva del resto de mujeres pues, como he dicho, no hay elementos objetivos bastantes para formar mi convicción acerca de que, al igual que en el caso de María, fuera Pietro el encargado de vigilar a las mujeres y de materializar la intimidación que justifica la aplicación de ese tipo penal.

Sin embargo sí considero que por estos hechos Pietro es responsable de siete delitos de encubrimiento del art. 451.1º CP. Este artículo sanciona a quien intervenga con posterioridad a la ejecución del delito encubierto *auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio*.

Podemos decir que la conducta exigida por este tipo penal consiste en colaborar con los responsables del delito para que estos puedan obtener el beneficio de él derivado. Dicha colaboración ha de ser idónea para lograr el beneficio referido y parece innegable que el silencio sobre los hechos constitutivos de delito al no denunciar los mismos permite a sus responsables directos un aprovechamiento de ellos.

- Un delito de detención ilegal del art. 163.3 CP como cómplice por la vigilancia coactiva que ejercía sobre María a instancia de Tatiana.

Parece claro que esta conducta de vigilancia por parte de Pietro no solo sirve para cooperar con la ejecución del delito de prostitución coactiva respecto de la joven María sino también con el delito constituido por la privación de la libertad de la misma.

- Siete delitos de encubrimiento del art. 451.1º CP en relación con los restantes delitos de detención ilegal por no denunciarlos ante las autoridades competentes.

Como ya he dicho antes, no hay elementos objetivos suficientes para concluir que Pietro era el garante de que el resto de mujeres no escapasen del club. Por ello, en relación con las privaciones de libertad de las jóvenes (excluida María) solo procede responsabilizar a Pietro por guardar silencio ante tan injusta situación.

Entre los delitos de complicidad a la prostitución coactiva de María y a la detención ilegal de la misma mujer media una relación de concurso ideal ya que es la misma conducta (su vigilancia coactiva) la que dan lugar a la apreciación de ambas figuras

delictivas. Es decir, esa vigilancia a la que Pietro sometía a María es válida para sostener su cooperación (aunque no necesaria) tanto en la prostitución de la mujer como en la privación de su libertad ambulatoria. En aplicación del art. 77 CP, la consecuencia de esto sería la aplicación de la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

TERCERO; Grado de participación en el delito: Como ya se ha dicho, de los delitos de prostitución coactiva y detención ilegal referentes a María Pietro es cómplice (art. 29 CP) mientras que de los demás delitos de encubrimiento resulta autor por su participación directa, voluntaria y material en todos ellos (arts. 27 y 28 CP).

CUARTO; Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: En este caso no se observan circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

QUINTO; Penalidad:

- Por el delito de prostitución coactiva del art. 188.4 b) CP, en concurso ideal con el delito de detención ilegal del art. 163.3 CP (ambos en relación con el art. 29 CP por su ejecución en calidad de cómplice) procede imponer la pena de la infracción más grave en su mitad superior, pero atenuada por el grado de participación (art. 63 CP) es decir, 4 años de prisión (art. 163.3 CP).
- Por los catorce delitos de encubrimiento del art. 451.1º CP cometidos en total deberíamos imponer a Pietro un total de 7 años de prisión (6 meses por cada uno de los delitos). Procede en este caso imponer una pena de prisión de la mínima duración legal al tener en cuenta la relación de sujeción laboral existente entre el sujeto activo del delito de encubrimiento y los responsables de los delitos encubiertos.
- **Responsabilidad penal de Zulaika:**

PRIMERO; Hechos probados en relación con la conducta de Zulaika: Podemos considerar acreditado que Zulaika realizaba la función de recepcionista del club, en cuya calidad guardaba en depósito el precio que los clientes pagaban por los servicios sexuales de las mujeres para, al final de la noche, hacer entrega de esas cantidades a Tatiana. Además, ha quedado probado que la acusada tenía retenidos los pasaportes de todas las mujeres (incluyendo el de Nicoara, menor de edad) en la estancia que en el local utilizaba como recepción.

A diferencia de lo que ocurre con Pietro, en este caso sí queda probado que Zulaika tenía la misma conducta respecto de todas las mujeres, debido a lo cual la consideraré cómplice de todos los delitos en los que interviene sin que sea autora de ningún encubrimiento.

SEGUNDO; Calificación de los delitos: La conducta descrita en los hechos es legalmente constitutiva de los siguientes delitos, todos ellos cometidos como cómplice:

- Siete delitos de prostitución coactiva del art. 188.4 b) CP por la pertenencia de Zulaika a una organización criminal.

Ciertamente, no cabe duda de que la acusada pertenecía a una agrupación estable dedicada a la explotación sexual de mujeres en la que ella desempeñaba la importante función de cobrar a los clientes por los servicios sexuales de las jóvenes y guardar en depósito ese dinero hasta su posterior entrega a Tatiana (encargada del club). Ello la convierte en cómplice de estos delitos ya que es un modo de cooperar con los autores para que estos consigan ejecutar los

delitos con éxito.

Las consecuencias penales de esta conducta serían la aplicación de siete penas inferiores en grado del marco penal de referencia (art. 63 CP). Dicho marco penal se calcularía hallando la mitad superior de la pena prevista en el marco penal de referencia que, en este caso, sería el del tipo básico del art. 188.1 CP por ser mayores de edad las mujeres prostituidas a excepción de Nicoara. De esta operación resulta un marco penal definitivo de 1 año y 6 meses a 3 años de prisión y de 9 a 18 meses de multa.

- Un delito de prostitución coactiva del art. 188.2 CP (sobre persona menor de edad) en relación con el art. 188.4 b) (pertenencia a organización criminal).

No procede reiterar el argumento en el que apoyo la complicidad de Zulaika en la prostitución de las mujeres pero sí considero importante decir que el hecho de que Zulaika mantuviera retenidos en su oficina los pasaportes de todas las mujeres permite inferir de un modo lógico que era plenamente consciente de la minoría de edad de Nicoara.

Ello la convierte en cómplice del delito referido en el encabezamiento de este apartado y, en consecuencia, procede imponer a Zulaika una pena comprendida en el marco penal que resulte de aplicar la pena inferior en grado (art. 63 CP -complicidad-) de la mitad superior de 4 a 6 años de prisión (art. 188. 4b) -organización criminal- en relación con el art. 188.2 CP -minoría de edad de Nicoara-). El resultado final de esta farragosa operación es una pena de prisión de entre 2 años y 6 meses y 5 años menos un día, sin que, por virtud del art. 188. 2 CP, proceda la aplicación de la pena de multa prevista para el tipo básico

- Siete delitos de detención ilegal del art. art. 163.3 CP por durar las privaciones de libertad más de quince días.

Considero que concurren estos delitos cometidos por Zulaika en calidad de cómplice porque el hecho de que ésta tuviese retenidos los pasaportes de todas las mujeres constituye sin lugar a dudas una contribución de entidad suficiente a la ejecución del delito por parte de sus autores directos, toda vez que la privación del documento de identidad es para cualquier persona una limitación de su libertad ambulatoria y, más aún, cuando dicha persona es extranjera. Sin embargo, no creo que a Zulaika se le pueda considerar cooperadora necesaria del delito puesto que si ella no hubiese intervenido, como lo hizo, las mujeres continuarían igualmente detenidas o encerradas y, por ende, privadas de su libertad.

Teniendo en cuenta lo anterior, habría que aplicar a Zulaika siete penas inferiores en grado (art. 63 CP -complicidad-) calculadas sobre el marco penal de 5 a 8 años de prisión (art. 163.3 CP). Es decir, siete penas de prisión de entre 2 años y 6 meses y 5 años menos un día.

- Un delito de detención ilegal del art. 165 CP en relación con el art. 163.3 del mismo texto legal por ser el sujeto pasivo menor de edad y durar el encierro más de quince días.

También por el hecho de que la acusada tuviese retenidos todos los pasaportes, considero que es responsable como cómplice de la detención ilegal de Nicoara, por cuanto conocía su edad y era consciente de que sin su documento de identidad, tendría menos posibilidades de huir del club en el que estaba siendo detenida y prostituida.

En este caso, la pena correspondiente sería la inferior en grado (art. 63 CP -complicidad-) de la mitad superior (art. 165 CP -minoría de edad-) de la prevista por el art. 163.3 CP para las detenciones ilegales de más de quince días de duración. Es decir, una pena de prisión

comprendida entre los 3 años y 3 meses y los 6 años y 6 meses menos un día.

TERCERO; Grado de participación en el delito: Como ya se ha dicho, Zulaika interviene como cómplice en todos los delitos referidos al cooperar a la ejecución de los mismos con actos anteriores o simultáneos y no ser cooperadora necesaria (art. 29 CP).

CUARTO; Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: No se aprecian circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

QUINTO; Penalidad:

- Por los siete delitos de prostitución coactiva del art. 188.4 b) CP en relación con el art. 29 CP por su ejecución en calidad de cómplice procede imponer a Zulaika una pena de 14 años de prisión (2 años por cada uno de los delitos) así como siete penas de 9 meses de multa a razón de 5 euros diarios (1350 euros por cada pena de multa), lo que suma un total de 9450 euros.

En aplicación del art. 53 CP, para el caso de que Zulaika no satisfaga la multa impuesta, quedará sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

- Por el delito de prostitución coactiva del art. 188.2 CP en relación con el art. 188.4 b) (ambos a su vez en relación con el art. 29 CP por su ejecución en calidad de cómplice) procede imponer a Zulaika una pena de 3 años de prisión.
- Por los siete delitos de detención ilegal del art. art. 163.3 CP en relación con el art. 29 CP por su ejecución en calidad de cómplice, procede imponer a Zulaika una pena de 21 años de prisión (3 años por cada uno de los delitos).
- Por el delito de detención ilegal del art. 165 CP en relación con el art. 163.3 del mismo texto legal (ambos en relación con el art. 29 CP por su ejecución en calidad de cómplice) procede imponer a Zulaika una pena de 4 años de prisión.

Todo ello suma un total de 42 años de prisión -además de la multa ya referida- de los cuales Zulaika cumplirá efectivamente 20 (art. 76 CP).

- **Responsabilidad penal de Alberto y Santiago:**

PRIMERO; Hechos probados en relación con la conducta de Alberto y Santiago: De lo descrito en el enunciado del caso práctico se puede concluir que Alberto y Santiago son socios de una sociedad limitada (Na&Ma S. L.) a través de la que gestionaban y costeaban los traslados físicos desde Rumanía de las mujeres que allí eran captadas y traídas hasta nuestro país para ejercer la prostitución. Asimismo, queda probado que la mencionada sociedad gestionaba el local en el que las mujeres se alojaban y trabajaban como prostitutas bajo unas condiciones laborales leoninas y sin obtener a penas ganancias por causa de la deuda contraída con Na&Ma S.L derivada del viaje.

De la declaración de los empleados del club queda acreditado también que Alberto M. y Santiago N. eran los administradores y fundadores de la sociedad citada ya que eran ellos quienes (en calidad de "jefes" –en palabras de Tatiana- de los trabajadores) dirigían la actividad económica y daban instrucciones a sus subordinados sobre su actuación. La conclusión de que los sujetos, cuya conducta analizaré ahora, son los fundadores de la empresa se puede colegir de los elementos "Na" y "Ma" que forman parte de la razón social de la sociedad y que coinciden con las primeras letras de los apellidos de ambos acusados.

De otro lado, también podemos considerar probado que las ganancias que las mujeres conseguían a cambio de sus servicios sexuales eran entregadas en su inmensa mayoría a los responsables de club que, gracias a ello, obtenían de esa actividad un importante lucro económico. En este sentido es relevante apuntar que, en un principio, el pacto relativo a las ganancias consistía en que el primer servicio sexual que realizasen las mujeres cada noche serían al 100% para Alberto y Santiago y el resto de servicios serían al 50% entre el club y ellas, sin embargo, ha quedado sobradamente acreditado el incumplimiento de dicho pacto por parte de los administradores del local.

Por último hay que declarar probado también que los acusados tenían instaladas rejas en las ventanas del local en el que las mujeres ejercían la prostitución, de suerte tal que éstas no tenían posibilidad alguna de escape ya que, además, tenían terminantemente prohibida la salida del club sin la compañía de uno de los empleados.

SEGUNDO; Calificación del delito: Los hechos descritos en el anterior apartado son legalmente constitutivos de:

- Un delito agravado de trata de seres humanos del 177 bis.6 (2º párrafo) en relación con el art. 177 bis.4 b) CP por pertenecer los culpables a una organización criminal y concurrir la circunstancia de la minoría de edad de una de las mujeres.

Para evitar reiteraciones argumentaré ahora por qué considero a los acusados responsables de este delito, sirviendo dicha fundamentación para acreditar la comisión de los delitos examinados en el siguiente punto:

A priori puede parecer que la conducta de Alberto y Santiago es atípica ya que no es fácil apreciar la concurrencia de todos los elementos típicos del delito, sin embargo, ellos sí concurren y lo hacen sin la necesidad de forzar demasiado la interpretación del art. 177 bis CP, lo que, en su caso, podría constituir una vulneración del principio de intervención mínima del derecho penal. Como he dicho, Alberto y Santiago son los creadores de una sociedad cuya finalidad es la explotación sexual lucrativa de mujeres extranjeras, para ello, los sujetos cuentan con toda una infraestructura constituida por diversos elementos materiales y humanos al servicio de dicha sociedad que contribuyen a la consecución del fin enunciado desempeñando - cada uno de los cuales- una función concreta a la orden de sus "jefes". En particular, podemos inferir de un modo lógico que las mujeres captadas y en Rumanía y trasladadas desde allí lo son con el respaldo económico de Alberto y Santiago ya que es su empresa la que sufraga (como ha quedado acreditado) los gastos del viaje.

Asimismo, una vez en España son ellos los en puridad acogen a las víctimas al cobijarlas y darles albergue en el local de la sociedad que ellos administran y a través de la que ellos explotan sexualmente a las mujeres para lucrarse. Todo ello los convierte en responsables del delito del art. 177 bis CP ya que mediante engaño (promesa de trabajo) transportan (al sufragar los gastos del viaje) y acogen a las mujeres con la finalidad de explotarlas sexualmente.

Además, en el caso concreto considero a Alberto y Santiago responsables del tipo agravado del art. 177 bis.6 (2º párrafo) en relación con el art. 177 bis.4 b) CP, y es que, tal y como ha quedado probado, los culpables resultan ser los jefes y administradores de una organización formada por más de dos personas que se dedica a la realización de estas actividades delictivas de un modo estable en la que -además- se ha captado, trasladado y acogido a Nicoara, menor de edad. Por supuesto no procedería en este caso la alegación de ausencia de dolo por parte de los acusados ya que ha quedado acreditado que en su local se encontraban

retenidos los pasaportes de todas las mujeres siendo, por ello, consientes de sus edades. Tampoco cabría alegar que la conducta es atípica por ausencia de los medios comisivos que exige el tipo (violencia, intimidación, engaño...) ya que según el art. 177 bis.2 CP: *Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.* Asimismo, el siguiente número del mismo artículo dice que: *el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados*

No obstante lo anterior, sí considero que concurre engaño para llevar a cabo la captación de las mujeres ya que de los hechos se desprende que la estrategia consistía en ofrecerles un trabajo en España aprovechando su situación de vulnerabilidad económica.

Por estos hechos correspondería imponer a estos dos sujetos una pena comprendida entre 12 años y 1 día y 18 años además de la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Las razones por las que el marco penal es este están detalladas en el apartado en el que determiné la responsabilidad penal de Tatiana.

- Siete delitos agravados de trata de seres humanos del art. 177 bis.6 (párrafo 2º) CP por pertenecer los acusados a una organización criminal. Estos siete delitos guardan entre sí una relación de concurso real al igual que con el delito expuesto en el epígrafe anterior.

Por los mismos motivos aducidos en los párrafos segundo y tercero del punto anterior considero a Alberto y Santiago responsables de siete delitos de trata de seres humanos cometido siendo ellos los jefes de la organización criminal dedicada a ello. No considerando oportuno reiterar la fundamentación aludida (ya que es la misma que sirve para fundar la comisión de este delito respecto de la menor de edad) paso directamente a indicar que, por estos hechos, les correspondería la imposición de siete penas comprendidas dentro del marco penal de 11 años y 1 día hasta 12 años.

No obstante, al igual que ocurre con el delito tratado en el punto anterior, estos delitos están en relación de concurso ideal medial con los delitos de prostitución coactiva, por lo que habrá que aplicar la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior (art. 77 CP).

- Siete delitos agravados de prostitución coactiva del art. 188.4 b) CP por pertenecer ambos a una organización criminal y lucrarse con dicha actividad.

A diferencia de lo que ocurre con Tatiana, no se puede decir que Alberto y Santiago determinen a las mujeres a ejercer la prostitución empleando violencia, intimidación, engaño... Sin embargo, sí ha quedado acreditado que estos dos sujetos se han lucrado explotando la prostitución de las jóvenes ya que eran ellos quienes, en su condición de jefes de las prostitutas, las dirigían (aunque a través de sus subordinados) para percibir el dinero que ellas ganaban. En este sentido, el Tribunal Supremo ha dicho¹² que para apreciar la concurrencia de este tipo penal por la obtención de lucro económico no resulta suficiente "la mera obtención de un lucro por parte del que regenta el club o local, sino que ha de exigirse a mayores que se trate de una explotación directa y principal de la prostitución ajena en la que se trasluzca una relación de subordinación de la prostituta con respecto al empresario". En este caso parece que es así, ya que tanto Alberto como Santiago explotan la prostitución

12 FJ 4º de la STS 126/2010 de 15 de Febrero de 2010 (RJ 2010\2350).

de las mujeres que para ellos trabajan existiendo entre ellas y sus jefes una clara relación de dependencia en la que, como exige el TS, se ve limitada la autonomía prestacional de las víctimas y en la que el beneficio económico de los responsables del club alcanza "relevancia desde la perspectiva de los ingresos de la víctima, a quien se acaba degradando".

Además, todo ello se lleva a cabo en el seno de una organización criminal (como ya se ha argumentado varias veces en este trabajo) por lo que la conducta de Alberto y Santiago encajaría en el tipo del art. 188. 4 b) CP.

Es importante advertir, para finalizar, que el hipotético consentimiento de las víctimas sería irrelevante a los efectos de determinar la pena de los sujetos en virtud de lo establecido en el art. 188.1 CP (última frase).

- Un delito agravado de prostitución coactiva del art. 188.4 b) CP en relación con el art. 188.2 por pertenecer los culpables a una organización criminal y concurrir la circunstancia de la minoría de edad de una de las mujeres.

Por las mismas razones expuestas en el punto anterior, a los sujetos cuya responsabilidad estoy analizando también les sería imputable el delito que arriba enuncio ya que el lucro que obtienen procede, en parte, de la prostitución de una menor de edad siendo ellos conscientes de dicha minoría de edad.

Por ello, procedería en este caso la agravación de la pena. No obstante, no voy a hacer referencia a la penalidad derivada de este delito (al igual que no lo he hecho respecto de la derivada de los siete delitos anteriores) puesto que por virtud del art. 77 CP es aplicable la pena más grave en su mitad superior, es decir, la prevista para los delitos mediales de trata de seres humanos.

- Siete delitos de detención ilegal del art. 163.3 CP por durar la privación de libertad ambulatoria de las mujeres prostituidas más de quince días.

Parece claro que la existencia de rejas en las ventanas del local es una circunstancia de la que devienen responsables los titulares del local así como que esas rejas tenían la misión de evitar la huida de las mujeres. Estaríamos por tanto en el ámbito del tipo penal del art. 163 CP ya que los empresarios acusados (Alberto y Santiago) son dos particulares que con la instalación de barrotes en las ventanas de su local pretenden y consiguen detener a las mujeres allí prostituidas privándoles de su libertad. Habría que tener en cuenta además que en atención a la duración de la citada privación de libertad sería aplicable el tipo cualificado del apartado tercero del mismo art. 163 CP. A pesar de que este breve razonamiento puede resultar suficiente para argumentar la responsabilidad de estos dos sujetos quiero hacer una reflexión tomando como base uno de los argumentos que utiliza Tatiana en su defensa. En este sentido, incluso aceptando la tesis de Tatiana de que esas rejas tenían la única misión de evitar robos, existirían igualmente los delitos de detención ilegal por la retirada de los pasaportes a las mujeres así como la prohibición de abandonar el local infundiéndoles para ello un temor objetivo y racional. En un primer momento parecería que, siendo así, Alberto y Santiago quedarían exentos de responsabilidad por la privación de libertad de las jóvenes, sin embargo, esta apariencia se desvanece cuando comprendemos que Alberto y Santiago, por su posición de superiores jerárquicos (jefes de Tatiana), son garantes de la evitación de hechos delictivos cometidos por sus empleados. Por lo tanto, incluso aceptando el inverosímil argumento de que las rejas no tenían la función de retener a las mujeres, los acusados serían responsables de la comisión por omisión de todos los delitos de detención

ilegal (incluido el agravado por la minoría de edad de Nicoara analizado en el siguiente apartado).

Las peculiaridades del tipo de comisión por omisión admitido por el art. 11 CP¹³ se centran en su parte objetiva -caracterizada por la necesidad de una posición de garante- y su estructura comprende los elementos del tipo de omisión pura, es decir, ausencia de la acción debida junto con la producción del resultado. Además, en los delitos de comisión por omisión la ausencia de la acción debida ha de ir acompañada de la producción de un resultado que da lugar a que el hecho no se castigue como omisión sino con la sanción prevista por el delito de resultado.

Pues bien, en el caso concreto, los acusados infringen una de sus obligaciones como responsables del club. Dicho deber es el de vigilar a sus subordinados ya que, como directivos de la empresa, están obligados a establecer los modelos de conducta necesarios para evitar la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados, lo que se traduce en un deber de supervisión, control y vigilancia sobre los trabajadores. Con dicho incumplimiento se produce un riesgo objetivo de que sus subordinados delincan, situación que efectivamente se produce dando lugar a un resultado dañoso para el bien jurídico protegido por los delitos relativos a la prostitución.

Es por ello que, de un modo u otro, Alberto y Santiago resultan responsables de los delitos de detención ilegal mencionados en su modalidad agravada (en atención a su duración), correspondiéndoles por ello siete penas de prisión a cada uno comprendidas entre los 5 y los 8 años.

- Un delito de detención ilegal del art. 165 CP en relación con el art. 163.3 del mismo texto por ser una de las mujeres encerradas menor de edad y por durar esa detención más de quince días.

Por los mismos motivos expuestos en el punto anterior Alberto y Santiago serían también responsables de un delito de detención ilegal del art. 165 CP por la minoría de edad de Nicoara en relación con el art. 163.3 CP por la duración de dicha detención. Correspondería así la imposición de una pena de prisión a cada uno de ellos comprendida entre los 6 años y 6 meses más un día y los 8 años (mitad superior del marco penal de referencia fijado por el art. 163.3 CP).

- Un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312.2 CP.

El hecho de que solo ellos sean responsables de este delito y no así Tatiana, se debe a que nos encontramos ante un delito especial que solo puede ser cometido por un empresario, entendiendo por tal a todas las personas físicas o jurídicas que reciben la prestación de servicios de trabajadores por cuenta ajena.

El citado art. 312.2 CP sanciona *a quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que*

13 **Artículo 11 CP:** *Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

a. Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b. Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Se trata de un delito de naturaleza colectiva o plural, de suerte tal que existe un único delito con independencia del número de afectados¹⁴ y esa es la razón de que solo se aprecie un delito y no ocho. Es muy relevante en mi opinión la línea jurisprudencial del TS¹⁵ en virtud de la cual el precepto antes citado comprende a las prostitutas extranjeras empleadas en establecimientos sin permiso de trabajo cuando sus derechos laborales queden afectados. Partiendo de esta base, podemos establecer que las condiciones leoninas de trabajo a las que estaban sujetas las mujeres del presente caso (la retención de sus ganancias hasta el completo pago de la deuda derivada del viaje; las maratónicas jornadas de trabajo...) suponen una vulneración de sus derechos¹⁶ como trabajadoras, lo que daría lugar a la comisión de este delito por parte de los empresarios responsables del local.

En cuanto a las penas aparejadas a este delito, el art. 312.1 castiga a los autores con las penas de prisión de 2 a 5 años y de multa de seis a doce meses.

TERCERO; Grado de participación en el delito: De los citados delitos los acusados resultan ser responsables en concepto de autores por su participación directa, voluntaria y material en todos ellos (arts. 27 y 28 CP).

CUARTO; Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: Tampoco en este caso se observan circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

QUINTO; Penalidad:

- Por el delito agravado de trata de seres humanos del 177 bis.6 (2º párrafo) en relación con el art. 177 bis.4 b) CP (por pertenecer los culpables a una organización criminal y concurrir la circunstancia de la minoría de edad de una de las mujeres) en relación de concurso ideal medial con el delito agravado de prostitución coactiva del art. 188.4 b) CP en relación con el art. 188.2 procede imponer la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior (art. 77 CP). Por ello, debe castigarse a Alberto y Santiago con una pena cada uno de ellos comprendida dentro del marco penal de 15 años y 1 día hasta 18 años.
- Por los restantes siete delitos agravados de trata de seres humanos del art. 177 bis.6 (párrafo 2º) CP (por pertenecer la culpable a una organización criminal) en relación de concurso ideal medial con los siete delitos agravados de prostitución coactiva del art. 188.4 b) CP procede imponer la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior (art. 77 CP). Por lo tanto, debe castigarse a Alberto y Santiago con siete penas cada uno de ellos (acumulables debido a su concurso real) comprendidas dentro del marco penal de 11 años y 1 día hasta 12 años.
- Por los siete delitos de detención ilegal del art. 163.3 CP en concurso real procede imponer a los acusados siete penas iguales a cada uno de ellos comprendidas entre los 5 y los 8 años de prisión.

14 Villacampa Estiarte, Carolina. "De los delitos contra los derechos de los trabajadores". En Olivares Gonzalo Quintero, Morales Prats, Fermín. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª edición. Pamplona: Aranzadi, año 2011.

15 STS de 9 de octubre del 2006 (RJ 2007\587).

16 En concreto se han vulnerado los derechos que el ET reconoce a su art. 4.2 letras d), e) y f) y en su art. 34. 1, 34.3 y 34.4.

- Por el delito de detención ilegal del art. 165 CP en relación con el art. 163.3 CP procede imponer a los acusados una pena a cada uno de ellos comprendida entre los 6 años y 6 meses más un día y los 8 años de prisión.
- Por el delito cometido contra los derechos de los trabajadores del art. 312.2 CP procede imponer a los acusados una pena a cada uno de ellos de entre 2 y 5 años de prisión y 6 y 12 meses de multa.

Para concretar las penas, impongo a Alberto y Santiago la pena de 16 años de prisión por la comisión de los delitos referidos en el primer punto y con siete penas de 11 años y 6 meses de prisión por la comisión de los delitos referidos en el segundo punto. Además, por las siete detenciones ilegales del art. 163.3 CP les impongo a cada uno de ellos siete penas de 5 años de prisión cada una y por la detención ilegal de la menor en relación con el art. 163.3 CP les impongo una pena de 6 años y 7 meses de prisión. Respecto del delito contra los derechos de los trabajadores les impongo a cada uno la pena de 4 años de prisión y 10 meses de multa a razón de 6 euros diarios (en total 1800 euros cada uno de los sujetos), con la aplicación de lo previsto en el art. 53 CP para el caso de que los condenados no paguen la multa impuesta.

Junto estas penas se impone también a los dos sujetos una pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio a cada uno de ellos por el tiempo de la condena.

Así las cosas, la pena total resultante para Alberto y Santiago es de 142 años y 1 mes de prisión además de la multa de 1800 euros y de la inhabilitación especial. No obstante, por aplicación de los límites del art. 76 CP, el cumplimiento efectivo será de 20 años de prisión.

3. SEGUNDA CUESTIÓN; ALGUNAS NOCIONES SOBRE EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS:

El delito de tráfico de drogas y de otras sustancias nocivas:

Se trata de una serie de delitos cuyo bien jurídico protegido es la salud pública, entendida como un elemento supraindividual que garantiza la preservación de las condiciones para hacer posible la salud colectiva. El tipo básico del tráfico de drogas se encuentra regulado en el art 368 CP¹⁷, según el cual son punibles los actos de cultivo, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de drogas, así como la posesión de ellas con los fines citados. Es importante tener en cuenta que este artículo distingue entre sustancias que causan grave daño para la salud y aquellas que no causan un daño grave ya que las consecuencias penales serán más gravosas si nos encontramos en el primer grupo. A estos efectos, la jurisprudencia¹⁸ considera que para determinar si una sustancia es gravemente peligrosa para la salud hay que atender a su composición intrínseca y a las reacciones y secuelas que pueda producir en el organismo humano. Sin embargo, ello no basta para considerar cometido el delito pues hay que apreciar la concurrencia de todos los elementos del tipo y, en este sentido, es necesario que el objeto del delito sea

17 Artículo 368 CP:

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacentes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.

18 STS 10/1996, de 12 de enero; citada y analizada en Granados Pérez, Carlos. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas*. 1ª edición. Madrid: Editorial LA LEY. Año 2007.

efectivamente droga. Nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico de droga y sigue un criterio enumerativo por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el BOE, por tanto, este tipo penal solo podrá apreciarse si el objeto del delito es una sustancia nociva que genere dependencia y que se encuentre incluida en la Convención sobre estupefacientes de New York¹⁹.

Partiendo de lo anterior, hay que tener en cuenta -para resolver el caso concreto- que la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas aprobó en marzo de 2006 la resolución 49/6, titulada "Inclusión de Ketamina entre las sustancias sometidas a fiscalización" para instar a los Estados miembros a incluir la Ketamina en la lista de sustancias sometidas a fiscalización con arreglo a su legislación nacional. Así, España introdujo²⁰ esta sustancia en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977 de 6 de octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos en octubre de 2010.

Además, junto con lo dicho en el párrafo anterior hay que tener presente que la Ketamina no solo es droga sino que, tal y como ha dicho el TS²¹, es una sustancia que causa grave daño para la salud que actualmente está restringida al ámbito veterinario, produciendo modificaciones del humor, experiencias disociativas de la propia imagen, estados ilusorios y efectos importantes en el sistema cardio-vascular. Se trata, por tanto, de una droga con un elevado potencial alucinógeno, pues su inhalación causa la sensación de que la mente se separa del cuerpo, generando delirios y por tanto episodios psicóticos.

A diferencia de lo que sucede con la Ketamina, no se puede considerar que el nitrato de amilo (conocido como *popper*) sea una droga. La Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, en su Resolución 53/13²² instó a los Estados miembros a adoptar las medidas oportunas en orden a solventar la problemática de los riesgos del consumo de *popper* y, por lo que respecta a España, esta sustancia está considerada un medicamento (al estar compuesta por ingredientes farmacológicamente activos) de modo que estaría sometida al control de la Ley 29/2006 de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios. A pesar de ello, en España no existe ningún medicamento autorizado con nitrato de amilo entre sus componentes, por lo que el *popper* sería un medicamento clandestino (por virtud del art. 95.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad) al no contar con la autorización a la que se refiere el artículo 9 de la antes citada Ley 29/2006.

El hecho de que el *popper* no tenga la consideración de droga hace que la conducta de los sujetos que analizaré después no pueda tener encaje en el tipo del art. 368 CP. Sin embargo, debido a su nocividad, la elaboración y comercio de esta sustancia sí sería punible si tuviere lugar sin las preceptivas autorizaciones antes referidas, siendo así aplicable el tipo del art. 359 CP cuya redacción es la siguiente: *el que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años.*

19 Convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes. Nueva York, 8 de agosto de 1975 (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1981).

20 Orden SAS/2712/2010 (BOE núm. 255 de jueves 21 de octubre de 2010).

21 SSTs 208/2014, de 10 de marzo (RJ 2014\1701); 221/2011, de 29 de marzo (RJ 2011\3035) y 892/2013, de 27 de noviembre (RJ 2013\8015).

22 Incluida en el Informe sobre el 53º período de sesiones (2 de diciembre de 2009 y 8 a 12 de marzo de 2010) de la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas.

Respecto de la presunción del ánimo de tráfico, tradicionalmente se exige la concurrencia de una serie de indicios como: la posesión de una cantidad importante de sustancias; la posesión de distintas clases de sustancias o el hecho de que el poseedor sea adicto o consumidor habitual. Respecto del indicio de la cantidad de sustancias halladas, la jurisprudencia suele entender que se trata de droga pre-ordenada al tráfico si supera las dosis correspondientes a 10 días para un consumidor habitual. En el caso concreto estamos ante 17 frascos de *popper* (lo que parece que podría equivaler a 17 dosis de esta sustancia) y ante 7 gramos de Ketamina en comprimidos (lo que, estimando que cada comprimido está compuesto por medio gramo, equivaldría a 14 pastillas, es decir, 14 dosis). De esto se puede inferir que, efectivamente, las sustancias halladas superan las dosis correspondientes a 10 días. Además, como expondré en los hechos probados, el poseedor resulta ser consumidor habitual de las sustancias halladas que, por cierto, no son de una única especie sino que hay dos clases distintas de sustancias. Por todo ello, podemos presumir que las sustancias halladas son para el tráfico y no para el autoconsumo (tal como ha quedado acreditado al reconocerse la venta de parte de esos productos).

Además de los tipos básicos expuestos de los arts. 368 y 359 CP, existen varios tipos cualificados de los cuales solo mencionaré los dos a mi parecer relevantes a los efectos de este caso práctico. Destacaríamos así las modalidades agravadas por el tráfico de drogas en establecimientos abiertos al público (art. 369.1 3ª CP) y por el tráfico de drogas en el seno de una organización criminal (art. 369.1 2ªCP).

Ya para finalizar este apartado considero muy procedente una breve alusión al consumo compartido de drogas que según la jurisprudencia sería atípico por no ser idóneo para afectar a la salud pública. Tal y como expone la STS 1102/2003, de 23 de julio la conducta descrita en el art. 368 CP deja de ser típica cuando se trata de un supuesto de autoconsumo plural entre consumidores, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 1. Que la droga sea facilitada por quién la posee, para su consumo inmediato. 2. Que la cantidad a consumir sea pequeña. 3. Que la acción se produzca en un lugar cerrado sin riesgo por tanto de acceso de terceros. Y 4. Que los consumidores sean ya adictos a la droga o consumidores habituales.

- **Responsabilidad penal de Tatiana:**

PRIMERO; Hechos probados en relación con la conducta de Tatiana: Durante el registro del club -del que Tatiana era encargada- por parte de la policía, se descubre en la barra un pequeño armario cerrado bajo el control de Pietro. Dentro del mencionado mueble se encuentran ciertas cantidades de ketamina y *popper* con las que el camarero del local trafica.

SEGUNDO; Calificación del delito: Los hechos descritos en el anterior apartado son legalmente constitutivos de:

- Un delito de tráfico de drogas con grave daño para la salud del art. 368 por la venta de Ketamina en relación con el art. 369.1 3ª CP por la agravante de hechos cometidos en establecimientos abiertos al público.
- Un delito de comercio de sustancias nocivas para la salud sin autorización para ello del art. 359 CP por la compra y venta de nitrito de amilo que el ejecutor llevaba a cabo en el club.

En ambos delitos Tatiana interviene como cómplice.

Considero que la conducta de Tatiana es pasiva respecto de estos hechos, debido a lo cual no se puede atribuir a ella ningún tipo de participación directa en el tráfico y comercio de las sustancias. Además, hay que recordar que la obligación de vigilancia y control de los trabajadores corresponde al empresario y no, en este caso, a Tatiana -por más que ella sea la encargada del local-. Es por ello que tampoco podría atribuirse a ella la comisión por omisión de estos delitos. Sin embargo, lo que sí

parece claro es que durante la comisión de estos delitos, Tatiana desempeñó un papel importante al no denunciar los hechos, cooperando así a la ejecución de los mismos.

En este caso no se puede hablar de cooperación necesaria porque la conducta de Tatiana no se puede concebir una *conditio sine qua non* para la comisión de los delitos. Del mismo modo, tampoco se puede hablar de encubrimiento ya que la participación -accidental y secundaria- de Tatiana tiene lugar durante la ejecución del delito mientras que el encubrimiento implica el auxilio posterior que se da al delincuente (art. 451 CP).

Así, la conclusión es que Tatiana se convierte en una auxiliar del ejecutor del delito que contribuye a la producción del fenómeno punible mediante el empleo simultáneo de medios conducentes al tráfico y comercio de las sustancias. En concreto esos medios se materializan en el silencio de la acusada respecto de los hechos que ella sabe que son ilícitos.

TERCERO; Grado de participación en el delito: Como he dicho, de los citados delitos Tatiana es cómplice ya que, sin ser cooperadora necesaria, contribuyó a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. (art. 29 CP).

CUARTO; Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: No se observan circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

QUINTO; Penalidad: El art. 63 CP dice que a los cómplices de un delito se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito (en este caso Pietro). Es por ello que:

- Por la complicidad en el delito de tráfico de drogas con grave daño para la salud del art. 368 en relación con el art. 369.1 3ª CP se impone a Tatiana una pena de prisión de 3 años y una pena de multa proporcional de 200 euros (extraída del marco penal de 175 a 350 euros -precio estimado de la ketamina-). Se fija una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 30 días de duración (art. 53.2 CP).

En un primer momento podría parecer que la naturaleza de la multa proporcional impide su degradación, sin embargo, la STS 1240/2009, de 2 de diciembre precisó que "en las penas conjuntas el aumento o disminución del grado de la pena debe alcanzar a la totalidad de ella, privación de libertad y multa. Esta reducción de su cuantía también afecta a las penas de multa fijadas con arreglo a un criterio proporcional, conforme se entendió en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala celebrado el 22-7-2008 en el cual se afirmó que el grado inferior de la pena de multa proporcional podía determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 CP".

- Por la complicidad en el delito de comercio de sustancias nocivas para la salud sin autorización para ello del art. 359 CP se impone a Tatiana una pena de prisión de 5 meses; una pena de multa de 5 meses a razón de 6 euros diarios (lo que suma un total de 900 euros), e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de 5 meses. Para el caso de que no satisfaga la multa, quedará sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas (art. 53.1 CP).
- **Responsabilidad penal de Pietro:**

PRIMERO; Hechos probados en relación con la conducta de Pietro: Examinada con detalle la barra del bar, se observa por los agentes actuantes que hay un pequeño armario cerrado bajo llave. Abierto éste por Pietro, descubren:

En primer lugar, 17 frascos etiquetados bajo nombre "Orgasmus" y "Liquid Gold". Preguntado por

ellos, Pietro afirma que se trata de *popper*, un excitante sexual que él mismo adquiere a través de internet en una tienda *on line* polaca, para vendérselo a los clientes que lo soliciten. Analizado con posterioridad, se determina que efectivamente se trata de nitrito de amilo.

En segundo lugar, una bolsa de plástico conteniendo pastillas que suman un total de 7 gramos de una sustancia que, posteriormente analizada, resulta ser hidrocloreto de ketamina. Preguntado por ella, Pietro afirma que un cliente que no tenía dinero suficiente para sufragar un servicio sexual entregó como pago en especie dichas pastillas y que, en ocasiones, algunas de las chicas (si así se lo piden, pues él es el único que tiene llave del armario) y él las consumen en el local. Asimismo, reconoce que en una ocasión vendió una de esas pastillas a un cliente.

SEGUNDO; Calificación del delito: Los hechos descritos en el anterior apartado son legalmente constitutivos de:

- Un delito de tráfico de drogas con grave daño para la salud del art. 368 por la venta de Ketamina a un cliente en relación con el art. 369.1 3ª CP por la agravante de hechos cometidos en establecimientos abiertos al público.

Pese a lo que pueda parecer, en este caso no es aplicable la modalidad agravada de pertenencia a organización o asociación criminal del art. 369.1 2ª CP porque según el TS²³ una organización o asociación consiste en "una red estructurada (...) que agrupa a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas (...) con vocación de permanencia en el tiempo" y, en el presente caso, no existe tal pluralidad de personas organizadas para traficar sino que es uno solo (Pietro) el sujeto ejecutor material de los delitos.

En cuanto al encaje de la conducta de Pietro en este tipo penal, hay que decir que es el propio acusado quien declara haber vendido a un cliente del club cierta cantidad de la ketamina con la que otro cliente había pagado por los servicios sexuales de una de las mujeres. Que esa transacción haya sido un hecho aislado en absoluto lo exime de responsabilidad penal pues con esa acción Pietro incurre en un acto de comercio con el fin de obtener una ganancia y ello constituye una infracción en la medida en que el art. 368 CP castiga a quienes trafiquen, promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas. Naturalmente no ofrece dudas la calificación de la ketamina como droga ya que, como he dicho antes, está incluida en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977 de 6 de octubre y, además, el TS considera que por sus efectos causa un grave riesgo para la salud.

Además es de aplicación el tipo cualificado del art. 369.1 3ª CP, ya que los actos de comercio de la Ketamina tienen lugar en el club (establecimiento abierto) en el que el acusado trabajaba como camarero. El carácter esporádico de esta operación de venta no es, a mi juicio, óbice para aplicar este subtipo agravado ya que el acopio de la sustancia tóxica en el local y bajo el control del acusado permite inferir su voluntad de dedicarse al tráfico de la ketamina en su lugar de trabajo.

La consecuencia penal de este delito contra la salud pública por el tráfico de droga con grave daño a la salud del art. 368 en relación con el art. 369.1 3ª CP sería la aplicación de la superior en grado de la pena de prisión prevista para el tipo básico así como una pena de multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito. De este modo, cabría imponer a Pietro una pena de prisión de entre 6 años y 1 día y 9 años, así como una pena de

23 STS 808/2005, de 23 de junio (RJ 2005\7684).

multa cuya determinación requiere el análisis previo del precio de mercado de la ketamina objeto del tráfico. En ausencia de fuentes fiables para esto último tomaré como referencia ciertas informaciones periodísticas según las cuales el gramo de ketamina podría venderse en torno a los 50 euros, teniendo que tener en consideración para la determinación de la multa toda la droga hallada y no solo la efectivamente vendida ya que, como he dicho en el párrafo anterior, hay elementos objetivos bastantes para inferir que toda la ketamina encontrada en el local estaba pre-ordenada al tráfico. En este sentido, si bien es cierto que los propios trabajadores del local la consumían, no es menos cierto que la sustancia se hallaba guardada en el local y que en una ocasión se produjo una venta, sin que el hecho de que ello solo hubiese ocurrido una vez pueda servir para sostener que la intención de Pietro no era vender más droga en otras ocasiones si tuviera la oportunidad de hacerlo.

- Un delito de comercio de sustancias nocivas para la salud sin autorización para ello del art. 359 CP por la compra y venta de nitrito de amilo que Pietro llevaba a cabo en el club.

Como he dicho anteriormente (en la presentación de esta segunda cuestión del trabajo), la comercialización del nitrito de amilo no se puede considerar tráfico de drogas al no encajar esta sustancia dentro de lo que se entiende por drogas tóxicas (a los efectos del art. 368 CP). Sin embargo, su nocividad para la salud y efectos secundarios (arritmias; depresión cardiovascular; toxicidad hepatorenal; disfunción neurológica, irritación de las mucosas y pulmones...) hacen que su comercio sin autorización sea idóneo para encajar en el tipo del art. 359 CP. Efectivamente, en el presente caso Pietro comercia con estas sustancias siendo consciente del peligro para la salud que su consumo entraña y, por ello, debe ser considerado responsable del delito que prevé este artículo en concepto de autor.

De este modo, las pena que cabría imponer a Pietro por estos hechos serían: pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de 6 meses a 2 años (art. 359 CP).

- En cuanto a la entrega esporádica a las mujeres de ketamina para ser consumida inmediatamente por ellos en el local (incluyendo al propio acusado), habría que analizar si nos encontramos ante un supuesto de consumo compartido atípico ya que si no fuese de ese modo, la entrega a las mujeres de la droga sería constitutiva de un delito del art. 368 CP toda vez que, como dice la STS de 23 de febrero de 2011, esa invitación al consumo de una droga constituye una "conducta de favorecimiento y facilitación del consumo subsumible en el tipo del art. 368 CP". A este respecto hay que decir que sí estamos ante un supuesto de consumo compartido ya que la ketamina es facilitada en pequeñas dosis a las mujeres por Pietro (poseedor de ella y quien también aprovecha esas ocasiones para consumir) para su ingesta inmediata. Esta acción se produce en el propio local (lugar cerrado) y en más de una ocasión, por lo que se puede inferir que quienes consumían así la ketamina eran consumidores habituales.

Además no queda acreditado que Nicoara (menor de edad) participase de dicho consumo compartido -en cuyo caso podría llegar a apreciarse el delito de tráfico de drogas agravado del art. 369.1 4ª CP. Como digo, ello no queda probado porque de los hechos solo se puede deducir que "algunas de las chicas" consumían, sin que haya quedado claro cuáles de ellas en concreto lo hacían.

TERCERO; Grado de participación en el delito: De los citados delitos Pietro resulta ser autor por su participación directa, voluntaria y material en todos ellos (arts. 27 y 28 CP).

CUARTO; Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: Tampoco en este caso se observan circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

QUINTO; Penalidad:

- Por el delito de tráfico de drogas con grave daño para la salud del art. 368 en relación con el art. 369.1 3ª CP se impone a Pietro una pena de prisión de 6 años y 6 meses y una pena de multa de 1400 euros (precio estimado de 50 euros multiplicado por los 7 gramos de la ketamina objeto de tráfico, multiplicado a su vez por cuatro -máximo legal fijado por el art. 369.1). En aplicación del art. 53.2 CP, la responsabilidad personal para el eventual impago de esta multa proporcional consistirá en 6 meses de privación de libertad.
- Por el delito de comercio de sustancias nocivas para la salud sin autorización para ello del art. 359 CP se impone a Pietro una pena de prisión de 1 año; multa de 9 meses a razón de 6 euros diarios (lo que suma un total de 1620 euros) e inhabilitación especial para profesión o industria durante 1 año. Para el caso de que no satisfaga esta multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas (art. 53.1 CP).
- Además, en aplicación del art. 127 CP se acuerda -como consecuencia accesoria de las penas- el comiso de todos los objetos, sustancias y, en su caso, cantidades de dinero vinculadas a la perpetración de estos delitos.
- **Responsabilidad penal de Zulaika:**

PRIMERO; Hechos probados en relación con la conducta de Zulaika: Para evitar reiteraciones innecesarias me remitiré a los hechos probados descritos en los apartados anteriores.

SEGUNDO; Calificación del delito: Los hechos son legalmente constitutivos de:

- Un delito de tráfico de drogas con grave daño para la salud del art. 368 por la venta de Ketamina en relación con el art. 369.1 3ª CP por el lugar en que se ha cometido.
- Un delito de comercio de sustancias nocivas para la salud sin autorización para ello del art. 359 CP por la compra y venta de nitrito de amilo.

En ambos delitos Zulaika interviene como cómplice.

Al igual que ocurre con Tatiana, de los hechos probados no se puede colegir que Zulaika haya participado directamente en los actos relativos al tráfico de drogas y comercio de sustancias nocivas para la salud sin autorización para ello. Sin embargo, tampoco la recepcionista del local denuncia unos hechos que objetivamente tiene que conocer porque están teniendo lugar notoriamente en su centro de trabajo y por esta razón no merece un trato más favorable del que se le ha dado a Tatiana. Considero por ello que es responsable también de los delitos enumerados como cómplice.

TERCERO; Grado de participación en el delito: Zulaika es cómplice ya que, sin ser cooperadora necesaria, contribuyó a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. (art. 29 CP).

CUARTO; Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: No hay en este caso ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

QUINTO; Penalidad: Se imponen a Zulaika las mismas penas impuestas a Tatiana.

4. TERCERA CUESTIÓN; ALGUNAS NOCIONES SOBRE EL DELITO DE FRAUDE FISCAL COMETIDO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA, LAS FALSEDADES DOCUMENTALES Y EL BLANQUEO DE CAPITALS:

Los delitos contra la Hacienda Pública:

Se trata de delitos que, en líneas generales, protegen los intereses patrimoniales del Estado y cuyo tipo básico está integrado en el art. 305 CP, según el cual comete fraude fiscal *el que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros.*

Tal y como indica el profesor Morales Prats, se trata de un delito cuyo sujeto activo solo puede ser el obligado tributario²⁴ sin perjuicio de la responsabilidad de otros sujetos por su participación como cooperadores o cómplices. Partiendo de lo anterior, si el fraude tiene su origen en una omisión de la declaración del impuesto de sociedades o bien en su declaración errónea, el autor del delito será el obligado por este impuesto, es decir, la persona jurídica (art. 7.1 a) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades). Sin embargo, ello no implica impunidad para los socios de la entidad defraudadora ni en el ámbito administrativo ni en el penal. En este sentido, de un lado el art. 43.1 a) LGT establece que *junto con el deudor principal, serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria (...) los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones.* Y de otro lado el art. 31 CP dice que *el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica (...) responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.* De este modo, por los hechos descritos responderán administrativa y penalmente tanto la sociedad obligada al pago del impuesto como los socios únicos (y presumiblemente administradores solidarios de la empresa) puesto que, en cualquier caso, eran ellos quienes llevaban a término "las funciones de gestión y administración de la sociedad, realizando funciones ejecutivas propias de un administrador"²⁵.

La acción típica de este delito consiste en la actitud defraudatoria del culpable que realiza maniobras u operaciones dirigidas a ocultar o desfigurar el hecho tributario o las bases tributarias. Se exige por tanto un dolo que en el caso de análisis está sobradamente acreditado por la ocultación de los ingresos en un paraíso fiscal²⁶ y por la falsedad documental mediante la que tratan los autores de dar apariencia de legalidad a un dinero de origen ilícito.

24 Morales Prats, Fermín. "De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social". En Olivares Gonzalo Quintero, Morales Prats, Fermín. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª edición. Pamplona: Aranzadi, año 2011.

25 Este concepto de administrador de hecho lo aporta J. J. García Pérez en su artículo titulado "La responsabilidad penal de los administradores de sociedades por impedimento o negativa del ejercicio de los derechos del socio y del ejercicio de la actuación supervisora e inspectora de la administración".

26 El punto 8º del artículo único del consolidado Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 considera que Gibraltar es un paraíso fiscal.

Especial consideración merece la cuantía de la defraudación, que ha de ser superior a los 120.000 euros ya que, en caso contrario, la conducta sería atípica sin perjuicio de las posibles sanciones administrativas. Según el art. 305.2 CP, a los efectos de determinar la cuantía (...), si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo.

En cuanto a la posible prescripción de los hechos, hay que decir que el plazo exigido para ello por el CP es de 5 años (art. 131.1 CP), mientras que si hablamos de infracción administrativa -por ejemplo por no concurrir el elemento típico de la cuantía- el plazo sería de 4 años (art. 66 LGT). El cómputo de dichos plazos se inicia en el momento de la comisión de la infracción y su interrupción se produce cuando el procedimiento se dirige contra el infractor.

En base a lo anterior, puedo concluir que en el presente caso no hay ninguna infracción penal ni administrativa prescrita ya que el procedimiento se inició en mayo de 2014 y la infracción penal más antigua tuvo lugar en julio del año 2010. Dado que en la redacción de los hechos nada se dice respecto de ninguna disposición estatutaria, cabe presumir que el ejercicio económico de la sociedad del caso de autos cierra el 31 de diciembre de cada año (ejercicio social genérico según el art. 26 LSC). Siendo así, la presentación de la declaración del impuesto de sociedades correspondiente al año 2009 debió presentarse en un plazo cuyo límite era el 25 de julio de 2010 ya que la presentación de la declaración debe efectuarse dentro de los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo (art. 124.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades). Por consiguiente, se puede concluir que no transcurren los 5 años exigidos por el CP para que la conducta constitutiva de delito prescriba.

Menos dudas ofrece la no prescripción de la única infracción administrativa cometida -en atención a la cuantía- ya que el plazo es de 4 años y el fraude tiene lugar en el momento en que no se declaran las cantidades debidas correspondientes al ejercicio del año 2013. Es más, en sentido estricto, dicha infracción administrativa todavía no existía en el momento de la incoación del procedimiento (mayo de 2014) toda vez que la declaración del impuesto de sociedades, como ya he dicho, puede presentarse hasta el 25 de julio del año siguiente al relativo al ejercicio económico (pues, sin elementos para pensar lo contrario, he presumido que esta sociedad cerraba su ejercicio económico el 31 de diciembre).

La falsedad en documento mercantil y el blanqueo de capitales:

Se trata en el caso concreto de dos figuras delictivas estrechamente relacionadas toda vez que la primera de ellas se comete para poder llevar a término la segunda. Estamos, por tanto, ante un supuesto de concurso ideal medial en el que los responsables penales facturan falsamente ciertas cantidades de dinero de origen ilícito para darles apariencia de legalidad.

Para empezar conviene analizar la primera figura cuando es cometida por particulares (como en el presente supuesto). El art. 392.1 CP es el encargado de sancionar a los particulares que cometieren en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390 que, a su vez, prevé y pena las conductas de: 1.º) Alterar un documento en alguno de sus elementos esenciales; 2.º) Simular un documento en todo o en parte y 3.º) Suponer en un acto la intervención de personas que no la han intervenido o atribuyendo a las que han intervenido manifestaciones que no han hecho.

En atención a lo anterior, el objeto material del delito sería un documento público, oficial o mercantil, entendiéndose por éste último aquel que "expresa y recoja una operación de comercio plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o el que acredite o manifieste operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o

entidad mercantil"²⁷. Esta delimitación incluiría las facturas que, en la medida en que reflejen una realidad inexistente, (como es el caso) darían lugar a la apreciación de la conducta prevista en el apartado 2º del referido art. 390 CP.

Como se ha dicho, la indiscutiblemente cometida falsedad documental opera en este caso como medio para dar apariencia de legalidad a unas ganancias provenientes de la prostitución coactiva de las mujeres rumanas, es decir, opera como medio para blanquear los referidos bienes. Este delito está previsto y penado en el art. 301 CP, cuyo primer apartado castiga al que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito. El núcleo de la conducta (como dice el profesor Muñoz Conde) no recae en la realización de actos de adquisición, conversión o transmisión de los bienes, sino que lo importante es que la realización de estos acto o cualesquiera otros sea para ocultar o encubrir su origen ilícito²⁸.

Se trata, por lo tanto, de una modalidad delictiva que viene a castigar las conductas mediante las cuales se pretende borrar los vestigios del origen ilícito de grandes capitales y que tiene varios tipos cualificados entre los que interesa destacar el previsto en el art. 302.1 CP: "en los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones".

- **Responsabilidad penal de Tatiana:**

PRIMERO; Hechos probados en relación con la conducta de Tatiana que, para evitar reiteraciones innecesarias, servirán también para analizar la conducta de los restantes sujetos implicados en los hechos: La mayoría del dinero proveniente de la prostitución de las mujeres rumanas no era declarado a la Hacienda Pública. La acusada era la encargada de llevarlo en metálico una vez al mes a la sede de la sociedad gestora y, por ello, era recompensada por los socios de la misma con un 10%. Otra buena parte de las ganancias se facturaba falsamente en concepto de comidas en el restaurante "Luna del Principito". Cabe destacar que, en caso de haber declarado las cantidades referidas, la Sociedad habría debido pagar a efectos del Impuesto sobre Sociedades, las siguientes cuotas tributarias:

Ejercicio 2009: 156.000 euros.

Ejercicio 2010: 161.000 euros.

Ejercicio 2011: 170.000 euros.

Ejercicio 2012: 125.000 euros.

Ejercicio 2013: 119.000 euros.

Todas las cantidades defraudadas se encuentran en una cuenta bancaria abierta en Gibraltar. La idea de desviar estos fondos fue dada a Alberto y Santiago por el abogado de la sociedad Xaime P, quien consideró que, en atención a la opacidad de las cuentas gibraltareñas, sería una buena opción para eludir las hipotéticas investigaciones policiales.

SEGUNDO; Calificación del delito: Considero que la conducta de Tatiana es constitutiva de un

²⁷ STS 900/2006, de 22 de setiembre de 2006 (RJ 2007\1677).

²⁸ Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. 17ª edición. Valencia (Tirant lo blanch, año 2009), p 503.

delito de blanqueo de capitales cometido como cómplice. *A priori* el mero hecho de transportar y entregar a sus jefes ciertas cantidades de dinero puede parecer atípico, sin embargo, no se puede desconocer que Tatiana realiza periódicamente este transporte de dinero en efectivo y, por ello, es recompensada, tratándose ésta de una costumbre muy infrecuente en la práctica negocial. Además, no podemos olvidar que la acusada es perfecta conocedora del origen ilícito de las ganancias, lo que la convierte en auxiliar de quienes tratan de dar a ese capital apariencia de legalidad.

Por todos es sabido que un requisito esencial de la complicidad es que el sujeto colabore con actos secundarios y que éstos se realicen de forma previa o simultánea a la ejecución y está claro que, en el presente caso, Tatiana (al transportar y entregar el dinero en efectivo) participa en el delito del art. 301 CP indirectamente realizando actos que son útiles -aunque no determinantes- para la comisión del delito por parte de sus jefes. La utilidad del transporte del dinero en efectivo reside en su discreción, pues si en lugar de su entrega en efectivo se hiciese a través de una cuenta bancaria los sujetos activos del delito se encontrarían con mayores dificultades ya que este tipo de operaciones dejan muchas más huellas en el tráfico económico que la opción elegida por ellos. Podríamos decir que el manejo de las cantidades en efectivo vendría a ser un modo de eludir el control por parte de las entidades bancarias para prevenir el blanqueo de capitales y al que están obligadas en virtud de la ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

TERCERO; Grado de participación en el delito: Tatiana es cómplice ya que, sin ser cooperadora necesaria (pues si no intervención no habría evitado la comisión del delito) ni autora del mismo (pues carece de dominio funcional sobre él), contribuyó a la ejecución de los hechos con actos anteriores. (art. 29 CP).

CUARTO; Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: No se aprecia ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

QUINTO; Penalidad: Por estos hechos cabe imponer a Tatiana la pena inferior en grado (art. 63 CP) de la prevista para el tipo básico del delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP. Éste prevé una pena de prisión de entre 6 meses y 6 años, de manera tal que el marco penal resultante de aplicación sería de 3 meses a 6 meses menos 1 día. Además, el tipo prevé la imposición de una multa del tanto al triplo del valor de los bienes cuyo origen ilícito pretende ocultarse, de modo que, a los efectos de determinar la cuantía de la aludida multa proporcional, consideraré que Tatiana fue quien entregó a sus jefes todas las cantidades de dinero después blanqueadas, así, partiendo del tanto de dinero defraudado y "lavado" (612.000 euros) puedo hallar la pena inferior en grado correspondiente al grado de participación de la acusada, que iría de los 306.000 a los 612.000 euros.

Cabe imponer por lo tanto a Tatiana una pena de 4 meses de prisión y una multa de 400.000 euros. En aplicación del art. 53.2 CP, la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de esta multa proporcional será de 3 meses de duración.

- **Responsabilidad penal de Alberto y Santiago:**

PRIMERO; Hechos probados en relación con la conducta de Alberto y Santiago: Se aceptan los del epígrafe anterior que se dan por reproducidos de cara a la brevedad del presente.

SEGUNDO; Calificación de los delitos: Los hechos descritos son legalmente constitutivos de:

- Cuatro delitos contra la Hacienda Pública de fraude fiscal del art. 305 en relación con el art. 305.1 bis b) y c) CP.

En un primer momento puede parecer razonable la apreciación de un solo delito continuado

de fraude fiscal, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁹ niega la posibilidad de aplicar el instituto del delito continuado en estas modalidades delictivas cuando, como en este caso, se refieren a distintos periodos impositivos.

Así las cosas, estaríamos ante cuatro delitos distintos (relativos a los ejercicios económicos de los años 2009, 2010, 2011 y 2012) derivados de la omisión del pago de los tributos debidos por una cuantía superior -en estos cuatro casos- a los 120.000 euros (no así en el caso del ejercicio relativo al 2013). En estos cuatro casos se aprecia también la modalidad cualificada del delito a la que se refiere el art. 305 bis CP ya que la defraudación se comete en el seno de una organización o grupo criminal y, además, se hace uso de un paraíso fiscal o territorio de nula tributación como es Gibraltar para dificultar el esclarecimiento de los hechos.

Como ya he dicho en la introducción a los delitos contra la Hacienda Pública, ninguna de las infracciones estaría prescrita.

- **En relación con la posesión del dinero ilícito desviado a Gibraltar: Un delito continuado de blanqueo de bienes del art. 301 en relación con el art. 302 CP.**

La Ley 10/2010 sobre Prevención del Blanqueo de Capitales indica que, a los efectos de apreciar este delito, entre los bienes procedentes de actividades delictivas se incluye la cuota defraudada en los delitos contra la Hacienda Pública del art. 305 CP³⁰ (siempre que su cuantía supere los 120.000 euros). Partiendo de esta base y de lo dispuesto en el art. 301 CP, la mera posesión de las cantidades defraudadas implica la comisión de un delito de blanqueo de bienes ya que el precepto citado prevé entre sus acciones típicas la de poseer "bienes sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva".

Respecto de la apreciación del tipo cualificado del art. 302 CP, ésta está justificada en el hecho de que los sujetos activos del delito son los jefes de una organización criminal perfectamente estructurada dedicada al blanqueo de las ganancias derivadas de la comisión de delitos (en este caso relativos a la prostitución) y que cuentan incluso con la asistencia de un profesional del derecho que los asesora en materia tributaria para poder evadir sus obligaciones fiscales del modo más discreto posible.

A pesar de todo lo expuesto hay que tener presente la doctrina jurisprudencial del TS (STS de 28 de marzo de 2001), según la cual ha de señalarse que para la aplicación del concurso de normas (art. 8 CP) en el que la sanción penal por el delito fuente directa de los ingresos absorbe el delito fiscal, es necesario que concurren tres requisitos; a) Que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior; 2º) Que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena; y 3º) Que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil". De este modo, el delito fiscal quedaría absorbido por el delito de blanqueo de capitales si éste último fuese el delito fuente del capital no declarado. Sin embargo, este no es el caso dado que en nuestro supuesto el blanqueo continuado es el último eslabón de la cadena delictiva toda vez que tiene lugar por la posesión continuada del dinero oculto en Gibraltar previamente defraudado, de manera que

29 SSTs 2155/2002 de 3 de enero de 2002 y 1629/2001 de 10 de octubre de 2001.

30 Art. 1.2 d): (...) A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.

no cabría aplicar la referida doctrina.

- **En relación con el dinero facturado falsamente:** Un delito continuado de falsedad en documento mercantil del art. 392.1 CP en concurso ideal medial con un delito continuado de blanqueo de bienes del art. 301 en relación con el art. 302 CP. Ello como consecuencia de la facturación falsa con la que los autores pretenden ocultar el origen del dinero.

En primer lugar cabe decir que los hechos vienen configurados como delitos continuados en concurso ya que las conductas delictivas ejecutadas por los sujetos obedecen al mismo plan preconcebido de encubrir el origen ilícito del dinero a través de su falsa facturación. La concurrencia de la referida continuidad (art. 74 CP), tiene lugar en atención a la pluralidad de acciones que se llevan a cabo infringiendo el mismo precepto penal y existiendo -presumiblemente- cierta proximidad temporal entre ellas (ya que los sujetos recibían dinero ilícito mensualmente).

En cuanto a la conducta típica de los dos delitos en concurso, la emisión de facturas falsas por parte de los acusados (particulares) se puede subsumir en la simulación de documentos de naturaleza mercantil para inducir a error sobre su autenticidad (art. 392.1 en relación con el art. 390.1 2º CP). Por otra parte, está fuera de toda duda el hecho de que esta dolosa conducta delictiva por parte de los autores tiene por finalidad la de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero objeto del delito, todo ello en el seno de una organización criminal (art. 301.1 en relación con el 302.1 CP).

TERCERO; Grado de participación en el delito: Los acusados son autores de los delitos anteriores (coautores junto con la persona jurídica implicada) por su participación directa y material (arts. 27 y 28 CP).

CUARTO; Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: No se aprecia ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

QUINTO; Penalidad:

- Por los cuatro delitos contra la Hacienda Pública de fraude fiscal del art. 305 en relación con el art. 305.1 bis b) y c) CP procede imponer a cada uno de los sujetos las siguientes penas: Por el relativo al ejercicio económico de año 2009: multa proporcional de 936.000 euros y 3 años prisión. Por el relativo al ejercicio de 2010: multa de 966.000 euros y 3 años de prisión. Por el relativo al ejercicio de 2011: multa de 1.020.000 euros y 3 años de prisión. Y por el relativo al ejercicio de 2012: multa de 750.000 euros y 3 años de prisión. La determinación de estas penas responde a la cláusula prevista en el art. 305 bis según el cual se aplicará una pena de prisión de 2 a 6 años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada, en el marco de la multa prevista, he decidido aplicar la máxima posible en atención a la gravedad y alarma social de los hechos.

Además de las penas señaladas, se impone a los responsables la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 4 años.

- Por el delito continuado de blanqueo de bienes del art. 301 en relación con el art. 302 CP (en por la posesión del dinero ilícito desviado a Gibraltar) procede imponer a cada uno de los sujetos una pena comprendida dentro del marco penal resultante de aplicar la mitad superior (art. 74 CP -por ser delito continuado-) de la pena superior en grado (art. 302.1 CP -por ser los jefes de la organización-) de la prevista para el tipo del art. 301.1 CP. Así, el marco penal de referencia sería el de prisión de 7 años y 6 meses a 9 años y multa proporcional del tanto

al triplo del valor de los bienes blanqueados. Por ello, se impone a cada uno de los sujetos una pena de prisión de 8 años y una multa de 1.836.000 euros (nuevamente, la máxima prevista debido a los motivos antes aludidos).

- Por el delito continuado de falsedad en documento mercantil del art. 392.1 CP en concurso ideal medial con un delito continuado de blanqueo de bienes del art. 301 en relación con el art. 302 CP procede imponer a cada uno de los acusados la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior (art. 77 CP -concurso ideal media-), es decir, la prevista para el delito cualificado de blanqueo de bienes del art. 302.1 CP. Así las cosas, el marco penal de referencia sería, al igual que por el delito anterior, el de prisión de 7 años y 6 meses a 9 años y multa proporcional del tanto al triplo del valor de los bienes blanqueados. Por ello, se impone a cada uno de ellos la misma pena que en el punto anterior.

En un primer momento puede parecer que la anterior calificación y determinación de la pena supone una doble punición, pero lo cierto es que los hechos que dan lugar a la apreciación de cada uno de los delitos son distintos; de un lado la *posesión* de dinero de origen ilícito y, de otro, la *ocultación* o *encubrimiento* de dicho origen ilícito a través de su falsa facturación.

En aplicación del art. 53.2 CP la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de las multas impuestas será de 1 año de duración. Además, por virtud del art. 127 CP se acuerda la confiscación de todos los bienes y cantidades de dinero vinculadas a la perpetración de estos delitos.

- **Responsabilidad penal de Xaime:**

PRIMERO; Hechos probados en relación con la conducta de Xaime: Se aceptan los del descritos en el epígrafe relativo a la responsabilidad de Tatiana que se dan por reproducidos de cara a la brevedad del presente.

SEGUNDO; Calificación de los delitos: Los hechos descritos son legalmente constitutivos de:

- Cuatro delitos contra la Hacienda Pública de fraude fiscal del art. 305 en relación con el art. 305.1 bis b) y c) CP.

Tal y como refleja el profesor Joan-Francesc Pont Clemente en su trabajo "Responsabilidad penal del asesor fiscal. Incidencia de la normativa relativa al blanqueo de capitales", "la doctrina especializada califica mayoritariamente al delito de defraudación tributaria como delito especial propio y, más concretamente, de los que consisten en la infracción de un deber"³¹. Partiendo de esto, sólo pueden ser autores de estos delitos los obligados tributarios, quedando excluidos los restantes sujetos. No obstante, sí se admite la posibilidad de que los asesores fiscales puedan ser cooperadores necesarios de esta modalidad delictiva en la medida en que su colaboración suele ser vital a estos efectos.

En efecto, en el caso propuesto Xaime aporta a los autores directos de los cuatro delitos la idea de desviar fondos a Gibraltar participando en la planificación y diseño técnico de una compleja operación financiera que condujo a la comisión de los delitos ahora examinados. Para ello, el acusado puso en práctica ciertos conocimientos técnicos derivados de su profesión y no al alcance de muchas personas, sin los cuales difícilmente podría haberse llevado a término el delito. Naturalmente, no es posible excusar la conducta de Xaime en un hipotético error pues, precisamente, es el elemento de la opacidad de las cuentas de un paraíso fiscal como Gibraltar el que le lleva a determinar que esa es la mejor opción para ocultar el capital derivado de la comisión de delitos previos y mantenerlo a salvo eludiendo

31 Pont Clemente, Joan-Francesc. "Responsabilidad penal del asesor fiscal. Incidencia de la normativa relativa al blanqueo de capitales" (Artículo). Disponible en *Temas Tributarios de Actualidad*, AEDAF. Barcelona, año 2005.

así el cumplimiento de las obligaciones fiscales correspondientes, ello es suficiente para sostener que la contribución del asesor es dolosa.

- Un delito continuado de blanqueo de bienes del art. 301 en relación con el art. 302 CP.

Como ya se ha dicho, el acusado aporta sus conocimientos jurídicos y gracias a ellos Alberto y Santiago tienen la posibilidad de mantenerse en la posesión de las ganancias derivadas de otros "delitos fuente" ahora depositadas en Gibraltar. Ello convierte al abogado en cooperador necesario de quienes, en el seno de una organización criminal, realizan la conducta típica del art. 301 CP.

No se puede atribuir a Xaime la comisión del delito continuado de falsedad en documento mercantil del art. 392.1 CP en concurso ideal medial con un delito continuado de blanqueo de bienes del art. 301 en relación con el art. 302 CP toda vez que no hay elementos objetivos suficientes para determinar que, al igual que en el caso de los demás delitos, fuese él el artífice de la idea de facturar falsamente parte de las ganancias del club para darles apariencia de legalidad.

TERCERO; Grado de participación en el delito: De los citados delitos Xaime resulta ser cooperador necesario pues suprimida mentalmente su conducta, el delito no se hubiera realizado ya que para su ejecución es determinante la posesión de ciertos conocimientos técnico-jurídicos.

CUARTO; Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: No se aprecia ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

QUINTO; Penalidad: Para determinar el marco penal aplicable a Xaime hay que decidir si procede o no la rebaja prevista en el art. 65.3 CP para los cooperadores cuando *no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor*. Esta decisión tiene que ver con el dominio o no del hecho por parte del partícipe y, lo cierto, es que en este caso Xaime sí tiene en sus manos el curso de la conducta típica porque de él depende que ésta pueda realizarse.

Por ello considero que no ha lugar a la rebaja penal aludida debiendo aplicarse (de conformidad con lo dispuesto en el art. 28.1 b) CP) la misma pena prevista para los autores directos de los delitos. Así:

- Por los cuatro delitos contra la Hacienda Pública de fraude fiscal del art. 305 en relación con el art. 305.1 bis b) y c) CP procede imponer a Xaime las mismas penas fijadas para Alberto y Santiago por la comisión de estos delitos.
- Por el delito continuado de blanqueo de bienes del art. 301 en relación con el art. 302 CP También procede imponer a Xaime la misma pena con la que se castiga a los autores directos por estos hechos.

5. CUARTA CUESTIÓN; ALGUNAS NOCIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y TRIBUTARIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:

La reforma penal de 2010 dio lugar, entre otras cosas, al abandono del conocido principio *societas delinquere non potest* al establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, según se desprende del art. 31 bis CP, se circunscribe a una lista cerrada de delitos entre los que se encuentran la trata de seres humanos (art.177 bis CP); los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores (art.189 bis CP); el delito de blanqueo de capitales (art.302 CP) y los delitos

contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art.310 bis CP).

En cuanto al modo de atribución de la responsabilidad penal, de lo previsto en el primer apartado del art. 31 bis CP se puede inferir que sólo cabe imputar a la persona jurídica delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho por sus representantes legales y administradores (de hecho o de derecho) o bien por los empleados bajo la autoridad del administrador o representante, siempre que la comisión del ilícito haya sido posible debido a la ausencia del control debido por parte de la persona jurídica³². Este último elemento se configura como un requisito fundamental para poder considerar existente la referida responsabilidad, de suerte tal que sólo en aquellos casos en los que la persona jurídica no haya puesto en práctica las medidas necesarias para prevenir los delitos cometidos por sus administradores, representantes o empleados -incurriendo así en un defecto de organización permanente- será posible exigirles responsabilidad criminal.

Es importante destacar que la responsabilidad de la persona jurídica y la de la física es independiente entre sí y la prueba de ello la hallamos en los apartados 2º y 3º del art. ya antes aludido según los cuales, de un lado, *la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella* (art. 31.2 bis CP) y, de otro lado, *la concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (art. 31.3 bis PC).

En el ámbito tributario, la responsabilidad de la persona jurídica deriva de la obligación de contribuir que le impone la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, cuyo art. 7.1 dice que son contribuyentes del Impuesto cuando tengan su residencia en territorio español las personas jurídicas. De esta relación jurídico-tributaria se derivan obligaciones materiales (como realizar el pago de la cuota debida) y formales para el obligado -en este caso la sociedad- y, naturalmente, en caso de su incumplimiento procedería la imposición de las sanciones correspondientes. En este sentido, el art. 179.1 LGT establece que *las personas físicas o jurídicas (...) podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción tributaria cuando resulten responsables de los mismos* y, lógicamente, dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación constituye infracción administrativa.

Dictamen sobre las responsabilidades penales en las que habría incurrido la sociedad Na&Ma S.L. por los hechos narrados en el supuesto:

PRIMERO; Hechos probados: Se aceptan los hechos transcritos en el epígrafe relativo a la responsabilidad de Tatiana que se dan por reproducidos.

SEGUNDO; Calificación de los delitos: Los hechos probados son legalmente constitutivos de:

- Cuatro delitos contra la Hacienda Pública de fraude fiscal del art. 305 en relación con el art. 305.1 bis b) y c) CP.
- Un delito continuado de blanqueo de bienes del art. 301 en relación con el art. 302.1 y .2 CP.

³² Palma Herrera, José Manuel. *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Madrid: Dykinson, año 2014.

No es posible imputar a la sociedad el delito de falsedad en documento mercantil concursado con el delito de blanqueo de bienes de los que sí resultan responsables los administradores debido a que, como ya se ha anticipado, el catálogo de delitos por los que es posible exigir responsabilidad a las personas jurídicas no incluye esta modalidad delictiva.

La culpabilidad de la sociedad acusada respecto de los delitos en que se subsumen los hechos se fundamenta en el defecto continuado de organización que se materializa en la no adopción por su parte de medidas de control y gestión (como podrían ser la implantación de una ética empresarial) con la finalidad de impedir la comisión de delitos, dolosos o imprudentes, por parte de sus directivos y empleados.

TERCERO; Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: No se aprecia la concurrencia de ninguna de las atenuantes específicas establecidas en el art. 31.4 bis CP.

CUARTO; Penalidad:

- Por los cuatro delitos contra la Hacienda Pública de fraude fiscal del art. 305 en relación con el art. 305.1 bis b) y c) CP: De conformidad con el art. 310.1 b) bis CP procede imponer a la sociedad Na&Ma S.L una pena de multa del triple de la cantidad defraudada ya que el delito cualificado del art. 305 bis CP tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años. Así las cosas se imponen las siguientes multas: 468.000 euros (por el ejercicio de 2009); 483.000 (por el ejercicio de 2010); 510.000 (por el ejercicio de 2011) y 375.000 (por el de 2012).

Además se impone la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo de 10 años (art. 33.7 f) CP).

- Por el delito de blanqueo de capitales: De conformidad con el art. 302.2 a) y con las limitaciones previstas en el art. 50.4 CP procede imponer a la sociedad una pena de multa de tres años de duración a razón de 1000 euros diarios. Asimismo, atendiendo al art. 302 -último inciso- CP se decreta la disolución de la entidad Na&Ma S.L. y la clausura definitiva de los locales que gestiona dedicados a club de alterne y restaurante, librando al efecto los mandamientos correspondientes al Registro Mercantil de esta ciudad una vez sea firme la resolución.

Dictamen sobre las responsabilidades tributarias en las que habría incurrido la sociedad Na&Ma S.L. por los hechos narrados en el supuesto:

PRIMERO; Hechos probados: se admiten el hecho probado según el cual la sociedad habría dejado de ingresar una cantidad de 119.000 euros relativos al ejercicio económico de 2013.

SEGUNDO; Calificación de la infracción: Con los matices que expondré, los hechos serían constitutivos de la infracción administrativa a la que se refiere el art. 191.1 LGT, según el cual constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo...

El tipo de esta infracción consiste en dejar no ingresar la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la autoliquidación de, en este caso, el impuesto de sociedades, salvo que se regularice la situación a través de la presentación de declaración extemporánea sin requerimiento previo de la Administración (art. 27 LGT) o proceda el inicio del período ejecutivo por haberse presentado autoliquidación en plazo sin haber realizado el ingreso (art.161.1.b LGT). Esta conducta

es análoga a la del delito contra la Hacienda Pública del art. 305 CP con la salvedad de que éste exige que el importe no ingresado supere los 120.000 euros.

No obstante, hay que tener presente que estos hechos se descubren en mayo de 2014 y esto es relevante porque el ilícito administrativo no surge hasta el momento en que, vencido el plazo legal, no se produce el ingreso de la cuota tributaria. En este sentido hay que recordar el art. 124.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, por virtud del cual el límite para presentar la declaración es el 25 de julio de 2014 ya que la presentación debe efectuarse dentro de los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo. En este sentido hay que matizar que la infracción expuesta solo concurrirá en la medida en que, vencido dicho término, no se pague la cuota.

TERCERO; Sanción que procedería: Tomando como base de la hipotética sanción la cuantía no ingresada en la autoliquidación y aplicando lo dispuesto en el art. 191.3 LGT, la sanción consistiría en una multa pecuniaria proporcional del 50 al 100 por ciento ya que se trata de una conducta grave. Así, en atención a la gravedad y alarma social de los hechos se acuerda que, llegado el caso, la cuantía de la multa sea de 119.000 euros.

6. QUINTA CUESTIÓN; DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LA SOCIEDAD Na&Ma, S.L. SEA CONSIDERADA UNA SOCIEDAD NULA DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA:

Antecedentes de hecho:

Primero.- El 1 de febrero de 2008 se constituyó la sociedad Na&Ma S. L, propietaria del local en que se desarrollaba la prostitución coactiva de las mujeres, siendo inscrita en el Registro Mercantil de A Coruña dos días más tarde.

Segundo.- En los estatutos de dicha sociedad se hizo constar como objeto social la “gestión de locales de ocio”, contando con dos establecimientos abiertos al público, el mencionado club de alterne y un restaurante llamado "Luna del Principito".

Tercero.- El mismo día de la constitución de la sociedad (incluso antes de su inscripción en el Registro Mercantil) se abre una cuenta bancaria en Gibraltar en la que se depositan todas las cantidades defraudadas provenientes de los ilícitos perpetrados por la citada entidad mercantil. La idea de desviar estos fondos a Gibraltar fue dada a Alberto y Santiago por el abogado de la sociedad, Xaime P., quien les garantizó la opacidad de las cuentas gibraltareñas y las dificultades que esto conllevaría en caso de una eventual investigación policial. En relación con los aspectos expuestos, procedo a la emisión del presente informe que apoyo en los siguientes:

Fundamentos de derecho:

Primero.- De los hechos expuesto se puede inferir que la creación de este entramado societario por parte de sus únicos socios no responde a la intención de desarrollar el objeto social que consta sino, a la de evadir determinadas obligaciones tributarias y mantenerse en la posesión de un dinero de origen ilícito. En este caso se trata por tanto de aplicar la doctrina del "levantamiento del velo" en virtud de la que es posible destapar la verdadera naturaleza de una sociedad aparentemente lícita en cuanto a su constitución y objeto pero cuya verdadera finalidad es la creación de una ficción para

delinquir con las mayores garantías de opacidad posibles.

Según nuestro Tribunal Supremo³³ la mencionada doctrina trata de evitar que, como sucede en este supuesto, se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio o con un fin fraudulento que se produce, por ejemplo, cuando se trata de eludir responsabilidades personales y entre ellas el pago de deudas. En efecto, en el presente caso concurren los elementos citados ya que la sociedad limitada que, a mi juicio, justifica la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo se puede calificar como una “sociedad de pantalla” definida por el propio TS como sociedad ficticia o sin contenido a través de la cual se pretende una finalidad fraudulenta (en este caso el impago de las debidas cuotas fiscales), sirviendo como pantalla para amparar intereses particulares (STS 159/2007 de 22 febrero RJ 2007\2233).

Segundo.- En lo referente al objeto social hay que decir que éste ha de concretar detalladamente qué actividades va a realizar la empresa ya sea inmediatamente o en el futuro, de manera tal que uno de los requisitos que el RRM impone en su art. 117 para aceptar la inscripción de las escrituras es que el objeto social aparezca expresado de un modo claro (no demasiado genérico) y que en él se determinen las actividades que lo integran sin que puedan surgir equívocos. Partiendo de lo dispuesto en este artículo es presumible que el objeto expresado en los estatutos ha de ser verdadero (concretando las actividades que -verdaderamente- va a realizar la empresa), cosa que no ocurre aquí ya que la actividad efectivamente desarrollada es la prostitución coactiva de mujeres (actividad ilícita y contraria al orden público) y la finalidad de la creación de la entidad es evadir impuestos y blanquear dinero de origen ilícito.

Así, sería aplicable el art. 56.1 e) LSC que establece como causa de nulidad de las sociedades el hecho de que en sus estatutos no se exprese el objeto social o que éste sea ilícito o contrario al orden público. En mi opinión el objeto social a tener en cuenta a la hora de determinar la eventual nulidad de la sociedad por esta causa no ha de ser el expresado estatutariamente sino el que efectivamente se desarrolla por vía de hecho.

Conclusión:

En el ámbito civil el art. 1275 CC circunscribe la ilicitud de la causa de los contratos a su oposición a las leyes o a la moral. En el ámbito societario esta ilicitud puede venir determinada bien por la ilicitud del fin último de la sociedad, bien por la ilicitud de su objeto social, o bien por la ilicitud de ambas. En el presente caso la ilicitud es dual ya que es ilícito el propósito último de la entidad (evadir impuestos y blanquear dinero) así como su objeto social real -que no el expresado en los estatutos- (la prostitución coactiva de mujeres previamente captadas en el extranjero). Por todo lo expuesto procedería apreciar la concurrencia de la causa de nulidad a la que se refiere el art. 56.1 e) LSC y, en este sentido, declarar la nulidad de la entidad Na&Ma S. L destruyéndose la presunción de que lo contenido en el Registro se considera válido (art. 6 RRM).

7. SEXTA CUESTIÓN; DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LA SOCIEDAD Na&Ma, S.L. REGISTRE COMO MARCA "PEQUEÑAS SUMISAS ARDIENTES" PARA LA CLASE 43:

Antecedentes de hecho:

Único.- Se aceptan en todos sus términos los de la cuestión anterior a los que se añaden:

33 STS 159/2007 de 22 febrero (RJ 2007\2233).

La sociedad Na&Ma S. L. no tiene como objeto social el que en sus estatutos se expresa sino la prostitución coactiva de mujeres.

Fundamentos de derecho:

Único.- En la organización de la Oficina Española de Patentes y Marcas dentro de la denominada "clase 43" se integran, según la "clasificación de Niza" los servicios prestados por personas o establecimientos cuyo fin es preparar alimentos y bebidas para la consumición así como los servicios prestados procurando el alojamiento, el albergue y la comida en hoteles, pensiones u otros establecimientos que aseguran un hospedaje temporal. Así las cosas, parece que desde un punto de vista organizativo sí sería adecuada la inclusión en esta clase y no en otra de una marca que identifica en el tráfico mercantil a un establecimiento en el que se sirven consumiciones, sin embargo, la *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas* fija ciertos requisitos de obligada concurrencia para la inscripción de marcas que se traducen en el cumplimiento de ciertas formalidades y en la inexistencia de ninguna de las prohibiciones absolutas del art. 5.1 de la citada ley, a saber: *No podrán registrarse como marca los signos siguientes:*

- a) *Los que no puedan constituir marca por no ser conformes al artículo 4.1 de la presente Ley, es decir, los signos que no sean susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.*
- b) *Los que carezcan de carácter distintivo.*
- c) *Los que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de obtención del producto o de la prestación del servicio u otras características del producto o del servicio.*
- d) *Los que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que se hayan convertido en habituales para designar los productos o los servicios en el lenguaje común o en las costumbres leales y constantes del comercio.*
- e) *Los constituidos exclusivamente por la forma impuesta por la naturaleza del propio producto o por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico, o por la forma que da un valor sustancial al producto.*
- f) *Los que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres.*
- g) *Los que puedan inducir al público a error (...)*
- h) *Los que aplicados a identificar vinos o bebidas espirituosas contengan o consistan en indicaciones de procedencia geográfica que identifiquen bebidas que no tengan esa procedencia (...)*
- i) *Los que reproduzcan o imiten el escudo, la bandera, las condecoraciones y otros emblemas de España, sus Comunidades Autónomas, sus municipios, provincias u otras entidades locales, a menos que medie la debida autorización.*
- j) *Los que no hayan sido autorizados por las autoridades competentes (...)*
- k) *Los que incluyan insignias, emblemas o escudos no autorizados.*

De todas estas prohibiciones, para nuestro caso reviste un especial interés la de la letra f y, en particular, las nociones de orden público y buenas costumbres:

El orden público está constituido por el conjunto de principios jurídicos, políticos, morales y económicos de obligada observancia para lograr la conservación del "orden social". En nuestro ordenamiento existen algunas disposiciones normativas que nos ofrecen un criterio para determinar qué circunstancias pueden ser consideradas contrarias al orden público, entre dichas normas destaca por ejemplo el art. 3 de la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad*. Según este precepto, *es ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y*

derechos reconocidos en la Constitución (...) entendiéndose incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria (...).

En atención a lo anterior, no serían registrables aquellos signos xenófobos, racistas ni sexistas ni aquellos que, de algún otro modo, atenten contra los principios constitucionales básicos.

Respecto de la prohibición de signos contrarios a las buenas costumbres (misma letra f), ésta depende de una valoración basado en la vigencia social de ciertos valores como la moral y las conductas exigible. En cualquier caso, es bastante evidente que el signo que se pretende registrar como marca compuesto por la combinación de las palabras "pequeñas", "sumisas" y "ardientes" resulta manifiestamente contrario al orden público en la medida en que denigra y vilipendia no solo a las mujeres trabajadoras del club identificado por la marca sino a todas las mujeres en general.

Tal y como dice el profesor Gustavo Ghidini, la función esencial de la marca "es la de hacer reconocibles a las empresas y sus actividades productivas y comerciales respecto de las empresas y actividades de los competidores (...) permitiendo a los consumidores y al público en general reconocer una determinada fuente de actividades y productos"³⁴. Es precisamente esta finalidad distintiva la que justifica la exigencia legal de que las marcas cuyo registro se solicita sean lícitas y respetuosas con los principios constitucionales y las buenas costumbres, expulsando así todas esas expresiones ofensivas e injuriosas que puedan resultar ofensivas para el público.

Conclusión:

Es bastante obvia la dificultad que, en ocasiones, entraña el juicio sobre cuándo una marca es contraria al orden público y, especialmente, a las buenas costumbres -sobre todo teniendo en cuenta que la moral es un concepto muy subjetivo-. Sin embargo, en este caso la vulneración del orden público es flagrante ya que la expresión "Pequeñas Sumisas Ardientes" es claramente ofensiva para las mujeres por ser contraria a su dignidad (ya que a ellas se hace referencia en esa frase) además de discriminatoria.

Esta vulneración de los principios constitucionales reconocidos en los arts. 10 y 14 CE resulta de sobra suficiente para concluir que esta marca nunca podría registrarse al incurrir en la prohibición absoluta del art. 5.1 f) de la Ley de Marcas.

8. SÉPTIMA CUESTIÓN; DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE UN LOCAL COMPETIDOR DEDICADO A SIMILAR "GÉNERO DE COMERCIO", PERO QUE CUMPLE PUNTUALMENTE CON SUS OBLIGACIONES FISCALES, EJERCITE ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL CONTRA Na&Ma, S. L:

Antecedentes de hecho:

Único.- Un local competidor de Na&Ma S.L considera que el hecho de que dicha entidad no de cumplimiento a sus obligaciones fiscales le legitima para ejercitar acciones de competencia desleal contra ella dado que este local competidor sí paga sus impuestos.

En este dictamen analizaré las posibilidades de éxito en el ejercicio de las citadas acciones y para ello me apoyo en los siguientes:

³⁴Ghidini, Gustavo. *Aspectos actuales del Derecho industrial*. Granada (Editorial Comares, año 2002), p. 103.

Fundamentos de derecho:

Primero.- En atención al art. 33 LCD, desde el punto de vista procesal el local competidor estaría legitimado activamente para ejercitar las acciones pertinentes pero solo y exclusivamente en la medida en que sus intereses económicos resultasen perjudicados o amenazados por la conducta desleal de Na&Ma, S. L, cuestión que analizaré en los siguientes fundamentos.

Las acciones derivadas de la competencia desleal susceptibles de acción en este caso son las que establece el art. 32 LCD (declarativa de deslealtad; de cesación o prohibición; de remoción a la situación anterior; de rectificación y de daños y perjuicios). No obstante, el actor tendría que tener en cuenta que estas acciones prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que hubiesen podido ejercitarse y el legitimado tuviese conocimiento del acto desleal.

Segundo.- Desde el punto de vista sustantivo no está claro que las referidas acciones pudiesen prosperar. En este sentido, la vigente *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal* prohíbe los actos de competencia desleal y lo hace en base sabiendo que los protagonistas principales son los consumidores, pero sin olvidar a los particulares afectados directamente por el acto desleal, de suerte que solo habrá comportamiento de competencia desleal cuando se afecte a un interés colectivo o bien particular del empresario competidor cuya actividad deviene perjudicada por la conducta de otro.

Tercero.- En otro orden de cosas, tal y como indica el profesor Sánchez-Calero³⁵, la deslealtad del acto de competencia se valora teniendo en cuenta que el comportamiento del sujeto resulte contrario a las exigencias de la buena fe (art. 4 LCD). No obstante, para la aplicación de esta cláusula general es necesario que el acto merezca objetivamente la calificación de desleal y que no encaje en ninguno de los actos a los que se refieren los art. 6 a 17 del mismo texto³⁶.

En el presente caso es evidente la conducta no encajaría en ninguno de los actos de competencia desleal a los que se refieren los citados artículos ya que la evasión de impuestos no se puede subsumir en ningún acto de confusión (art.6); ni en ningún acto de publicidad engañosa (art.7); ni en un acto de prácticas agresivas susceptibles de mermar la voluntad del consumidor (art.8); ni en un acto de denigración o difusión de manifestaciones perjudiciales para el tercero consumidor (art. 9); ni en un acto de comparación pública (art. 10); ni en un acto de imitación de las prestaciones e iniciativas de un tercero (art. 11); ni en un acto de aprovechamiento indebido de las ventajas de la reputación adquirida por otro en el mercado (art. 12); ni en un acto de violación ilícita de secretos industriales o empresariales (art. 13); ni en un acto de inducción a trabajadores, proveedores y clientes a la infracción de un contrato cuyo objeto sea el secreto industrial (art. 14); ni en un acto de prevalimiento de una ventaja competitiva -incluyendo la contratación de trabajadores con infracción de la Ley de Extranjería- (art. 15); ni en un acto discriminatorio con los consumidores (art. 16); ni, por último, en un acto de "venta a pérdida" (art. 17).

Así las cosas, el comportamiento de Na&Ma, S. L solo podría considerarse constitutivo de un acto de competencia desleal por la vía de la cláusula general del art. 4 dela LCD. Sin embargo, el incumplimiento de la la ley -en concreto de las obligaciones fiscales- no puede concebirse en ningún caso como desleal en la medida en que no menoscaba en absoluto el crédito en el mercado del tercero competidor (más bien al contrario), ni supone ventaja competitiva alguna para el infractor fiscal en lo que se refiere a la prestación de sus servicios en relación con sus competidores, ni merma la libertad de contratación de los particulares.

35 Sánchez Calero, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen I*. 33ª edición. Navarra (Aranzadi, año 2010), p. 203.

36 STS de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9760).

Conclusión:

De lo expuesto en los fundamentos de derecho se sigue que el incumplimiento de las debidas obligaciones fiscales, por mucho que pueda calificarse de práctica contraria a la buena fe, no tiene efecto alguno sobre el comportamiento de los consumidores, es decir, no se traduce en una distorsión significativa del comportamiento del destinatario de los servicios que pueda interferir o perjudicar a los intereses particulares de la empresa competidora. Es decir, las infracciones fiscales de Na&Ma, S. L. no dañan al tercero competidor en la medida en que éste no va a ver disminuidas sus ganancias ni incrementadas sus pérdidas por causa de los ilícitos tributarios (ya sean penales o administrativos) cometidos por la empresa gestora del club de alterne. Por todo ello mi parecer es que las eventuales acciones de competencia desleal ejercitadas serían infructuosas debido a la imposibilidad de acreditar el daño sufrido por el competidor en su actividad económica con motivo de las infracciones fiscales de Na&Ma, S. L.

9. OCTAVA CUESTIÓN; ASPECTOS PROCESALES DE APLICACIÓN AL CASO:**Órgano jurisdiccional encargado de la investigación:**

El Art. 14.2 LECRIM dice que para la instrucción de las causas será competente el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido. Por ello, la investigación corresponde al Juzgado de Instrucción al que por turno de reparto corresponda de la ciudad de A Coruña (lugar en el que tienen lugar los hechos).

Órgano encargado del enjuiciamiento:

De lo establecido en los apartados 3 y 4 del art. 14 LECRIM se infiere que el órgano encargado de enjuiciar el proceso sería la Audiencia Provincial de A Coruña porque hay entre los delitos cometidos hay varios cuyo marco penal en abstracto tiene un límite máximo superior a 5 años de prisión, así por ejemplo, el delito de trata de seres humanos prevé en su tipo básico una pena máxima de 8 años; el tráfico de drogas de hasta 6 años y el blanqueo de bienes de hasta 6 años de prisión.

Modo de solicitar la detención de Romelia en Rumanía:

La figura de cooperación jurídica internacional aplicable en este caso sería la denominada orden europea de detención y entrega. Se trata de una institución que, tal y como sostiene la doctrina, hace inexistente la reciprocidad tradicionalmente exigida en materia de cooperación internacional y que está regulada en la ley 3/2003, de 14 de marzo³⁷, cuyo primer artículo dice que la orden europea de detención y entrega es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea cuya finalidad es la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para, en este caso, el ejercicio de acciones penales (entrega para el enjuiciamiento).

Sin embargo, esta orden devendría infructuosa por el hecho de que a Romelia no se le ha imputado ningún delito y el art. 3 de la citada ley exige que la orden contenga, entre otra información, *la naturaleza y tipificación legal del delito (...)*.

Adopción de posibles medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia:

El art. 544 *quáter* LECRIM nos dice en su primer apartado que *cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. En este

³⁷ Tomé García, José Antonio y García-Lubén Barthe, Paloma. *Temario de Derecho Procesal Penal*. 4ª edición. Madrid: Colex, año 2010.

sentido, el inciso final del art.33.7 CP establece que *la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor* (además de como pena) *como medida cautelar durante la instrucción de la causa*, por tanto, antes del dictado de la correspondiente sentencia. Se trata de medidas que se pueden clasificar como de carácter cautelar personal porque inciden directamente en la esfera de libertad de actuación del imputado-persona jurídica.

Estas son las novedades relativas a las medidas cautelares personales introducidas por el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Respecto a las cautelares reales para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, nada nuevo ha introducido la reforma de 2010 pudiendo acordarse conforme al régimen de responsabilidad civil directa las fianzas y embargos lo previsto en los arts. 589 ss LECRIM.

Posible intervención de las comunicaciones de la sociedad:

Al igual que ocurriría si el sujeto investigado fuese una persona física, esta posibilidad también existe respecto de las personas jurídicas. El art. 579.2 LECRIM dice que *el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa*. No distingue en este caso la ley entre procesado persona física y persona jurídica, debido a lo cual, en la medida en que el procesado sea -como en este caso- una persona jurídica, podrá acordarse motivadamente la intervención de sus comunicaciones. En este sentido, la STS de 25 junio de 1993 establece que la citada medida "recaerá sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas en el delito", de manera tal que si dicha persona implicada es una sociedad mercantil (persona jurídica) podrá acordarse la intervención de sus comunicaciones.

Investigación de los movimientos de la cuenta gibraltareña:

Con independencia de la probable infructuosidad de la investigación, lo cierto es que sí sería posible. Existen instrumentos internacionales de cooperación internacional en materia penal que permiten posibilidades como la de investigar los movimientos de una cuenta bancaria extranjera. Entre esos instrumentos nos interesa especialmente el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen -EDL 1998/45605- que insta a los estados parte a regular técnicas de investigación que permitan el embargo de archivos bancarios, financieros o mercantiles de los bienes que ulteriormente hayan de ser confiscados por las autoridades. Para lograr esto, el Convenio obliga a la adopción de una serie de medidas entre las que destacan la instauración, por un lado, de instrumentos de asistencia para facilitar las investigaciones (transmisión de información incluso sin requerimiento previo, adopción de técnicas de investigación común, imposibilidad de oponer el secreto bancario...) y, por otro lado, de medidas cautelares como el bloqueo de cuentas bancarias y, en general, cualquier otra medida dirigida a proporcionar pruebas sobre la existencia o movimiento de los bienes objeto del delito.

Además, para el caso de que el Reino Unido no hubiese extendido a Gibraltar la aplicación del referido Convenio, existen otros cauces procesales de auxilio judicial entre Estados con la finalidad de obtener pruebas en el extranjero. Me estoy refiriendo a la figura de la comisión rogatoria, mediante la cual es posible solicitar a la autoridad competente del estado requerido la ejecución, dentro del territorio de su jurisdicción, de una diligencia probatoria.

Representación en juicio de la sociedad:

En el ámbito del proceso penal, el artículo 119.1 a) LECrim establece que *cuando haya de procederse a la imputación de una persona jurídica (...) la citación se hará en el domicilio social*

de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado. Tal y como dice el art. 409 bis, cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado.

Respecto de la comparecencia en juicio, el artículo 786 bis LECRIM dice que *cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados (...).* Estamos, por tanto, en el ámbito de lo que se conoce como representación voluntaria de la sociedad que, a diferencia de lo que ocurre con la representación orgánica de la misma -ostentada por sus administradores- es otorgada por la propia sociedad a un tercero para, por ejemplo, comparecer adecuadamente en juicio.

BIBLIOGRAFÍA:

- Martos Núñez, Juan Antonio. *El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal*. Año 2012, p. 103-115.
- Morales Prats, Fermín, García Albero, Ramón. "De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores". En Olivares Gonzalo Quintero, Morales Prats, Fermín. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª edición. Pamplona: Aranzadi, año 2011, p. 371-390.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. 17ª edición. Valencia: Tirant lo blanch, año 2009, p 226-235. p 331-334; 588-591; 612-626; 481-510; 676-690; 893-896 y 967-975.
- Villacampa Estiarte, Carolina. "De la trata de seres humanos". En Olivares Gonzalo Quintero, Morales Prats, Fermín. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª edición. Pamplona: Aranzadi, año 2011, p. 265-303.
- Villacampa Estiarte, Carolina. "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros". En Olivares Gonzalo Quintero, Morales Prats, Fermín. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª edición. Pamplona: Aranzadi, año 2011, p.1199-1226.
- Oanta, Gabriela Alexandra. *Rumanía y Bulgaria en la Unión Europea: de la adhesión a la integración* (artículo). En *Revista de Derecho Comunitario Europeo* ISSN 1138-4026, num. 29, Madrid, enero/abril (2008) p 91-132.
- Villacampa Estiarte, Carolina. "De los delitos contra los derechos de los trabajadores". En Olivares Gonzalo Quintero, Morales Prats, Fermín. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª edición. Pamplona: Aranzadi, año 2011, p.1135-1198.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Lecciones de Derecho Penal, Parte especial*. 2ª edición. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, año 2009, p. 81-97 y 257-268.
- Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*. 1ª edición. Madrid: Editorial Universitas, S.A. Año 1996, p 247-263.
- Granados Pérez, Carlos. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas*. 1ª edición. Madrid: Editorial LA LEY. Año 2007, p. 31-44; 131-132; 150-155; 398-400; 409-411 y 438.
- Sánchez Calero, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen I*. 33ª edición. Navarra: Aranzadi, año 2010, p. 183-212; 244-248; 400-402; 504-521 y 643-650.
- García Pérez, J.J. "La responsabilidad penal de los administradores de sociedades por impedimento o negativa del ejercicio de los derechos del socio y del ejercicio de la actuación supervisora e inspectora de la administración" En *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. Madrid, año 1999, p 160-161.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *Derecho Penal de la Empresa*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, año 2002, p. 50-52; 153-156; 171 y 228-239.
- Morales Prats, Fermín. "De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social". En Olivares Gonzalo Quintero, Morales Prats, Fermín. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª edición. Pamplona: Aranzadi, año 2011, p. 1040-1065.

- Merino Jara, Isaac. *Derecho Financiero y Tributario*. 4ª edición. Madrid: Tecnos, año 2014, p 542-575.
- Pont Clemente, Joan-Francesc. "Responsabilidad penal del asesor fiscal. Incidencia de la normativa relativa al blanqueo de capitales" (Artículo). Disponible en *Temas Tributarios de Actualidad*, AEDAF. Barcelona, año 2005.
- Palma Herrera, José Manuel. *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Madrid: Dykinson, año 2014, p. 22-41.
- Ghidini, Gustavo. *Aspectos actuales del Derecho industrial*. Granada: Editorial Comares, año 2002, p. 103-113.
- Tomé García, José Antonio y García-Lubén Barthe, Paloma. *Temario de Derecho Procesal Penal*. 4ª edición. Madrid: Colex, año 2010, p. 35-38; 63-64; 95-97; 189-195 y 561-567.

LEGISLACIÓN Y OTRAS FUENTES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Tratado de 25 de abril de 2005 de Adhesión a la Unión Europea de la República de Bulgaria y de la República de Rumanía.
- Reglamento (CEE) nº 1612/68, de 15 de octubre de 1968.
- Orden PRE/2072/2011, de 22 de julio, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se establece la reactivación del periodo transitorio en relación con la libre circulación de los trabajadores de Rumanía.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicado en DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Protocolo de Palermo, 2000).
- Circular 5/2011, de 2 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.
- Convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes. Nueva York, 8 de agosto de 1975.
- Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre, por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre.
- Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos.
- Informe sobre el 53º período de sesiones (2 de diciembre de 2009 y 8 a 12 de marzo de

2010) de la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas (Resolución 53/13).

- Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- Instrumento de Ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.
- Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Circular del Ministerio Fiscal 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica número 5/2010.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
- Constitución Española de 1978.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

JURISPRUDENCIA:

- STS de 15 de febrero de 2010 (RJ 2010,2350).
- STS de 11 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10182).
- SAP de Barcelona (Sección 9ª) num. 9/2013 de 6 febrero (ARP 2013\173).
- SAP de Alicante (Sección 7ª) num. 53/2014 de 4 julio (JUR 2014\283868).
- SAP de Madrid (Sección 5ª) num. 4/2015 de 20 enero (ARP 2015\168).

- SAP de Navarra (Sección 2ª) num. 47/2009 de 31 marzo (JUR 2010\102931).
- STS 126/2010 de 15 de febrero de 2010 (RJ 2010\2350).
- STS 1047/2006 de 9 de octubre (RJ 2007\587).
- STS 208/2014, de 10 de marzo de 2014 (RJ 2014\1701).
- STS 221/2011, de 29 de marzo de 2011 (RJ 2011\3035).
- STS 892/2013, de 27 de noviembre de 2013 (RJ 2013\8015).
- STS 808/2005, de 23 de junio de 2005 (RJ 2005\7684).
- STS 900/2006, de 22 de setiembre de 2006 (RJ 2007\1677).
- SAN 6/2015, de 6 de marzo de 2015 (ARP 2015\244).
- STS 1240/2009, de 2 de diciembre de 2009 (RJ 2010\2013).
- STS 159/2007 de 22 febrero de 2007 (RJ 2007\2233).
- STS de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9760).